Der Gattungskauf.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walther Behnisch
Gerichtsreferendar in Posen.

ACAD. LIBRARY BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Begriff und Wesen des Gattungskaufs 1
§ 2. Der beschränkt-generelle Kauf 4
§ 3. Anfänge des Gattungskaufs im römischen und deutschen Rechte 7

Hauptteil.

Die Lehre vom Gattungskauf.

§ 4. I. Erfüllungsort und Versendungspflicht 9
II. Die Unmöglichkeit der Leistung
§ 5. 1. Die ursprüngliche Unmöglichkeit 12
§ 6. 2. Die nachträgliche Unmöglichkeit 13
I. Unmöglichkeit 13
II. Unvermögen 16
III. Der Gefahrübergang (Konzentration)
§ 7. 1. Geschichtliche Entwicklung 19
2. Bürgerliches Recht
§ 8. a) Der Gefahrübergang 22
I. Verhältnis von Konzentration und Gefahrübergang 22
II. Der Gefahrübergang 24
§ 9. b) Das Konzentrationsprinzip 26
IV. Die Mangelhaftigkeit der Leistung
1. Mängel der Sache
§ 10. a) Geschichtliche Entwicklung der Mängelrechte . 32
§ 11. b) Die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs 34
§ 12. c) Die Rechte des Käufers nach Bürgerlichem Gesetzbuch 35
I. Das Zurückweisungsrecht 35
II. Rechte aus § 480 BGB. 36
III. Positive Vertragsverletzungen 39
§ 13. 2. Mängel im Rechte 40
V. Besondere Arten des Gattungskaufs
§ 14. 1. Der Spezifikationskauf 44
§ 15. 2. Das Sukzessivlieferungsgeschäft 45

Literaturverzeichnis.

Benutzt wurden außer den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

Beehmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2.

Bekker, Genuskauf. In den Jahrbüchern des gemeinen Rechts Bd. 5.

Berndorff, Gattungsschuld. Berlin 1900.

Breit, Das Vinkulationsgeschäft. Tübingen 1908.

Cosack, Bürgerliches Recht. Bd. 1. 1898.

Cosack, Handelsrecht. 5. Aufl. 1900.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 3. Aufl. 1906.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 2.

Dernburg in der Deutschen Juristenzeitung 1903 Nr. 1.

Deutsche Juristenzeitung.

Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon unter Gattungskauf.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. 9. Aufl.

Endemann, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 2.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht. 2. Aufl. Bd. 1.

Engelmann, Das alte und das neue Recht. 2. Aufl.

Fick, Archiv für Wechselrecht. Bd. 8, 9.

Fischer-Henle, Kommentar zum bürgerlichen Recht. 5. Aufl.

Fischer, H. A., Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. Rostock 1904.

Fischer, H. A., Konzentration und Gefahrübergang bei Gattungsschulden. In Jherings Jahrbüchern Bd. 51.

Goldschmidt, Handelsrecht. Bd. 2.

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 19.

Goose in Jherings Jahrbüchern Bd. 9.

Hachenburg, Der Verzug bei Sukzessivlieferungen. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht Bd. 1.

Haver, Gattungsschuld. Berlin 1900.

Hoffmann, Perikulum beim Kauf.

Jhering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt. In seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 405 f.

Juristische Wochenschrift.

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 253 ff.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Heft 17.

Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.
Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 101.
Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 96.
Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkaufe oder bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Im Recht 1902 Nr. 22, 23.
Müller-Erzbach, Über den Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 1158ff.
Müsch, Wodurch unterscheidet sich der Spezieskauf vom Gattungskauf. Erlangen 1898.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. 1 u. 3.
Neumann, Jahrbücher des deutschen Rechts.
Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Pescatore, Wahlschuldverhältnisse (erschienen in O. Fischers Abhandlungen zu Privatrecht und Zivilprozeß).
Planck, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1907.
Rabel, Unmöglichkeit der Leistung. Weimar 1907.
Reatz, Lehre vom Erfüllungsort.
Regelsberger, Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 49.
Römer, Leistung an Zahlungsstatt. In der Zeitschrift für das Handelsrecht Bd. 23.
Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1.
Schollmeyer, Die Erfüllungspflicht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49.
Siber, Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Jherings Jahrbüchern Bd. 50.
Staub-Könige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.
Staudinger, Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. 1908.
Thöl, Handelsrecht. 1. u. 4. Aufl. 1862.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung. Leipzig 1900.
Windscheid, Pandekten. Bd. 2. 1865.
Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. Bd. 2.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (Mugdan-Falkmann.)
Seufferts Archiv.

Einleitung.

§ 1.

Begriff und Wesen des Gattungskaufs.

Man unterscheidet im alten wie im neuen Rechte neben dem Spezieskauf (Speziesschuld) die Formen des Gattungskaufs und des Alternativkaufs (Gattungs- bezw. Alternativschuld).

Sind Gegenstand des Schuldverhältnisses individuell bestimmte Sachen oder individuell bestimmte Quantitäten vertretbarer Sachen — es wird z. B. kontrahiert über das Reitpferd Pluto, oder über ein bestimmtes Faß Wein im Keller, oder auch über einen bestimmten Sack Kaffee —, so liegt ein Spezieskauf vor. Nur durch Hingabe dieser individuellen Sache oder Quantität wird der Schuldner befreit.

Beim Gattungskaufe dagegen ist der Leistungsgegenstand individuell unbestimmt, nur bestimmt nach Merkmalen, welche das Wesen einer ganzen Art oder Gattung kennzeichnen (§ 243 BGB.); ein Reitpferd von diesen und jenen Eigenschaften; ein Faß Wein, Johannisberger 1902; ein Sack Javakaffee, prima Ernte usw. Der Verkäufer wird befreit, wenn er eine beliebige der Gattung angehörige Sache oder Quantität leistet, welche die erforderlichen Eigenschaften besitzt. Während also beim Spezieskaufe der Käufer einen von vornherein bestimmten Gegenstand kauft, überläßt er hier die Auswahl des Individuums aus der Gattung dem Verkäufer. Die Gattung ist nur der Rahmen,[1]) welchem der zu leistende Gegenstand entnommen werden soll.

---

[1]) Das meint auch wohl Jhering, Beitr. zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt (Jahrb. für Dogmatik Bd. 4 S. 384), wenn er sagt: „Gegenstand der Obligation ist ein Genus, Gegenstand der Solution die Spezies". Es kann nicht bedeuten, daß die ganze Gattung in obligatione sei; dagegen sprechen l. 67; l. 72 § 4 D. 46, 3.

Zwischen den Formen des Spezieskaufs und des Gattungskaufs liegt der Alternativkauf (§ 262). Der eine Teil, meist der Verkäufer, ist hier berechtigt, unter mehreren individuell bestimmten Schuldgegenständen den zu leistenden auszuwählen. Ist hier auch noch unbestimmt, ob die Sache A oder die Sache B geleistet wird, so ist der Gegenstand des Schuldverhältnisses doch bereits individuell bestimmt. Der Alternativkauf folgt daher im wesentlichen den Regeln des Spezieskaufs.

Das Charakteristische der Gattungsschuld und des Gattungskaufs gegenüber den andern Obligationsformen ist somit darin zu suchen, daß der Gegenstand des Schuldverhältnisses hier individuell unbestimmt ist. Es wird nicht dieser bestimmte Gegenstand geschuldet, es wird auch nicht dieser oder jener bestimmte Gegenstand geschuldet, sondern nur ein Gegenstand der fraglichen Gattung. Alle praktischen Verschiedenheiten zwischen Gattungs- und Spezieskauf müssen in diesem Unterschiede der individuellen bezw. generischen Bezeichnung des Schuldgegenstandes ihre Erklärung finden.

Sehr häufig wird der Gattungskauf auf vertretbare Sachen gerichtet sein, res quae numero, pondere, mensurave constant. Deswegen sind aber die Begriffe generisch und vertretbar keineswegs identisch. Der Gegensatz von vertretbar und nicht vertretbar ist ein rein objektiver. Die Verkehrsanschauung entscheidet darüber, ob eine Sache vertretbar ist oder nicht. § 91 BGB. bestimmt: Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Eier oder Geldstücke von demselben Werte sind vertretbar. Der Gegensatz von gattungsmäßiger und individueller Bestimmtheit aber ist ein rein subjektiver.[1]) Unter Gattung versteht man einen Komplex, den nicht die Verkehrsanschauung, sondern der Wille der Parteien zu einer Einheit zusammenfaßt. Es kann sich dabei um vertretbare oder um nicht vertretbare Sachen handeln. Man kann ebensogut eine vertretbare Sache speziell kaufen, z. B. einen bestimmten Zentner Kartoffeln, wie man eine nicht vertretbare Sache generell kaufen

[1]) Goldschmidt, HR. Bd. 2 § 61.

kann, z. B. ein Reitpferd schlechthin. „Genus und Spezies kein Unterschied der Sachen nur der Bezeichnung derselben.“[1]) Zuzugeben ist allerdings, daß Sachen, denen ein gewisses Maß von Übereinstimmung fehlt, in der Zusammenfassung als Gattungsschulden wohl kaum vorkommen dürften. Es ist aber zum Gattungsbegriff keine derartige Übereinstimmung (Kongruenz) notwendig, wie dies zum Begriffe der Vertretbarkeit gehört. Wein aus demselben Fasse, Geldstücke von gleichem Werte sind vertretbar, nicht aber zwei generell geschuldete Pferde eines Gestüts.[2])

Unvereinbar mit dem Wesen der Gattungsschuld ist es, dem Gläubiger oder einem Dritten ein Bestimmungsrecht der zu leistenden Sache zu gewähren. In solchem Falle liegt eine Speziesschuld vor; es wird nicht mehr ein Pferd schlechthin geschuldet, sondern das Pferd, das der Gläubiger oder der Dritte aussuchen wird. Man wird nicht sagen können, bei dem Bestimmungsrechte des Schuldners liege es ja ebenso. Die Bestimmung von seiten des Schuldners hat erst eine Bedeutung mit der Leistung, seine Verpflichtung geht vor allem auf „Leisten“. Der Gläubiger „wählt“ dagegen nur aus; bereits mit der Wahl ist der Gegenstand der Erfüllung endgültig festgelegt. Derartige Fälle mit Wahlrecht der Gläubiger sind daher als Speziesschulden zu behandeln.

Ihrer juristischen Natur nach ist die Gattungsschuld als ein unbedingtes Schuldverhältnis anzusehen. Unrichtig ist die im gemeinen Recht besonders von Fick, Mommsen und Thöl[3]) vertretene Auffassung, daß die Gattungsschuld suspensiv bedingt wäre, bedingt durch die Ausscheidung des Individuums aus der

---

[1]) Becker, Genuskauf, in Jahrb. des gemeinen Rechts S. 351.

[2]) Karlowa (Zeitschr. für das priv. u. öffentl. Recht Bd. 16 S. 440 ff.) will zwischen dem generischen Kauf fungibler Sachen und dem sonstigen Genuskauf unterscheiden und hält eine verschiedene Behandlung dieser zwei Arten von Genuskäufen für erforderlich. Hierauf ist zu erwidern, daß beim Gattungskauf die Parteien ja gerade die Individualität der Sachen ignorieren wollen, ihnen gewissermaßen die Eigenschaft vertretbarer Sachen geben wollen (vgl. Haver, Gattungsschuld S. 34).

[3]) Fick, Arch. f. WR. Bd. 8 S. 81 ff., Bd. 9 S. 390 ff.; Mommsen, Beitr. z. ObligR. Bd. 1 S. 337 N. 13 u. S. 341; Thöl, HR. § 73 N. 7, § 75 N. 3, 4.

Gattung. Die l. 35 § 5 D. 18, 1, auf die man sich meist beruft, spricht nur von einer Ähnlichkeit mit dem bedingten Kauf, wie aus den Worten quasi und videtur hervorgeht. Daß die Römer den Gattungskauf nicht für bedingt angesehen haben, ergibt sich daraus, daß beim bedingten Kauf der Käufer das periculum deterioriationis trägt, während beim Gattungskauf der Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung zu tragen hat.[1])

Beim Gattungskauf ist also nur individuell ungewiß, was geleistet werden soll; daß aber geleistet werden soll, das steht fest.

§ 2.

Der beschränkt-generelle Kauf.

Ist der Begriff der Gattung dem Belieben der Parteien überlassen, so kann sie im einzelnen Falle den Bedürfnissen des Käufers entsprechend in verschiedener Weise eingeengt werden. Das Genus kann durch Bestimmung nach Herkunft, Sorte, Farbe usw. bezeichnet werden, z. B. Weintrauben, und zwar italienische; oder ein Reitpferd, militärfromm, so und so alt, von der und der Farbe. Die gewünschten Eigenschaften können auch nach einer zugrunde gelegten Probe bestimmt werden. Trotz dieser Begrenzungen liegt hier ohne Zweifel ein reiner Gattungskauf vor. Immer sind im Gegensatze zum Spezies- oder Alternativkaufe noch nicht konkrete Gegenstände in obligatione, es handelt sich nach wie vor um ein aus den zerstreut vorkommenden Exemplaren dieser qualifizierten Gattung erst auszuscheidendes Individuum. Fraglich kann aber der Charakter des Schuldverhältnisses bei Begrenzungen in räumlicher Beziehung werden, und zwar in den Fällen, wo sie derart geschieht, daß die Leistung aus einem individuell bestimmten Komplexe heraus erfolgen soll; z. B. ein Pferd aus meinem Stalle, ein Ohm Wein aus diesem Stückfaß. Man bezeichnet diesen Kauf aus einer räumlich zusammenhängenden Masse heraus als beschränkt- oder gemischt-generellen Kauf.

---

[1]) l. 38 § 7 D. 18, 1.

Über die juristische Natur des beschränkten Gattungskaufs gingen im gemeinen Rechte die Ansichten sehr auseinander. Die einen sahen ihn als Alternativkauf an.[1]) Andere wieder unterschieden zwischen reinem Gattungskauf und beschränktem Gattungskaufe.[2]) Andere[3]) schließlich wollen keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem reinen und dem begrenzten Gattungskauf anerkennen. Jhering[3]) meint, daß der Begriff der Gattung ein ganz elastischer sei, daher auch beliebig eingeengt werden könne. Besonders bemerkenswert ist die Ansicht Dernburgs.

Dernburg[4]) nimmt eine besondere Schuldform an. Ist aus einer bestimmten Masse eine Quantität zu leisten, z. B. aus einem bestimmten Schiff ein Wispel Weizen, so sei dies als ein besonders gearteter Spezieskauf anzusehen. Zu dieser Unterscheidung vom reinen Gattungskauf kommt Dernburg durch die Erwägung, daß dem Verkäufer aus einer Masse heraus zwar die Pflicht für culpa und custodia aufliege, davon könne aber bei einer wirklichen Genusobligation keine Rede sein. — Dies ist aber unrichtig. Der Begriff des Verschuldens ist auch beim reinen Gattungskauf sehr wohl anwendbar. Auch bei größerer räumlicher Ausdehnung kann ein solches die ganze Gattung vernichten, z. B. Abschießen eines seltenen Wildes. Man kann nur so viel sagen, daß je größer die Gattung ist, um so seltener ein Verschulden nachweisbar wird. Es besteht also keine juristische Verschiedenheit zwischen reinem und beschränktem Gattungskauf, sondern nur eine tatsächliche.[5])

Richtiger Ansicht nach ist auch der beschränkte Gattungskauf als ein Gattungskauf anzusehen, lokalisierende Zusätze

---

[1]) vgl. Savigny, ObIR. Bd. 1 § 38 Anm. q.

[2]) Bekker a. a. O. S. 353, 357—358, S. 370 f.; Goldschmidts Zeitschr. Bd. 1 S. 109.

[3]) Jherings Jahrb. Bd. 4 S. 405 f.; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 255 N. 17, 21.

[4]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 28 N. 3; derselbe in Pand. Bd. 2 § 25 a. E.

[5]) Haver, Gattungsschuld S. 45 ff.; Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon unter Gattungskauf.

stehen dem nicht im Wege. Die Beschränkung auf einen bestimmten räumlichen Komplex ist den Parteien nur eine Garantie für die gewünschten Eigenschaften. Für die Annahme eines Gattungskaufs entscheidet, daß sich auch hier die Parteien als Kaufgegenstand nicht ein Individuum (Spezieskauf), auch nicht ein oder das andere Individuum (Alternativkauf), sondern ein ununterschiedenes Stück einer durch gemeinsame Merkmale bestimmten Klasse von Sachen denken.[1]) Jedoch wird man sich hüten müssen, auf die scheinbar nicht individualisierende Bezeichnung ein allzu großes Gewicht zu legen. Es ist zuzugeben, daß Fälle möglich sind, wo die Entscheidung, ob Genuskauf, ob alternativer Kauf, auf des Schwertes Schneide schweben wird. Auch bei scheinbar generischer Bezeichnung können bestimmte Individuen ins Auge gefaßt sein. Der Fall, wo jemand eins von seinen zwei Pferden verspricht, ist ebenso zu behandeln, als wenn er sein Pferd A oder sein Pferd B verspricht. Der Unterschied in der äußerlichen Bezeichnung kann den alternativen Charakter dieser Obligation nicht beeinflussen.[2])

Diese so modifizierte Auffassung des beschränkten Genuskaufs ist auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzunehmen. Grundsätzlich ist er dem Genuskauf zu unterstellen. In zweifelhaften Fällen kommt es darauf an, ob die Parteien die einzelnen Individuen im Auge gehabt haben, oder ob durch die Bezeichnung des Vorrats nur die Gattung näher bestimmt werden sollte; im ersteren Fall ist ein Wahlschuldverhältnis anzunehmen, im zweiten eine Gattungsschuld.[3]) Im allgemeinen sind hierbei folgende Möglichkeiten zu unterscheiden[4]):

a) Es schuldet jemand eine speziell unbestimmte Quantität aus einem größeren Quantum, z. B. ein Ohm Wein aus diesem Fasse. Hier sind individuelle Gesichtspunkte ausgeschlossen. Es liegt daher ein Gattungskauf vor.

b) Es schuldet jemand ein speziell unbestimmtes Stück aus einem bestimmten Komplexe, z. B. ein Pferd aus diesem Stalle.

---

[1]) Eck in Holtzendorffs Rechtslexikon unter Gattungskauf.

[2]) Windscheid, Pand. § 255 Anm. 17.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 11.

[4]) vgl. Berndorff, Gattungsschuld S. 13.

Hier sind auch individuelle Gesichtspunkte möglich. Oft wird daher ein Alternativkauf vorliegen.

§ 3.

Anfänge des Gattungskaufs im römischen und deutschen Rechte.

Daß die Römer den Gattungskauf gekannt haben, wird von der herrschenden Ansicht[1]) bestritten, bejaht wird diese Frage insbesondere von Baron, Bekker und Stintzing.[2])

Im corpus iuris findet sich in der Tat keine Stelle, welche unzweifelhaft einen reinen Gattungskauf annehmen ließe. Der beschränkt-generelle Kauf wird ebenso wie die mit ihm nicht zu verwechselnde emtio ad mensuram zu wiederholten Malen erwähnt, so in l. 5 D. 18, 6, l. 35 § 7 D. 18, 1 und an zahlreichen anderen Stellen. Diejenigen Quellenstellen, in denen man einen reinen generischen Kauf erblicken will, haben sich jedoch bei näherer Betrachtung als zweifelhaft herausgestellt. In l. 20 D. 18, 1 handelt es sich möglicherweise um einen beschränkt generellen Kauf. l. 15 § 1 D. 18, 6 und l. 13 l. c. enthalten wahrscheinlich nur einen Spezieskauf.[3])

Auch innere Gründe sprechen dafür, daß die Römer in der älteren Zeit den reinen Gattungskauf nicht gekannt haben. Der Kauf war ursprünglich ein Realvertrag (Handkauf), also ein Kauf Zug um Zug gewesen. Damit war naturgemäß die Obligationsform unseres heutigen Gattungskaufes unvereinbar. Als sich nun später der Kauf vom Realvertrag zum Konsensualvertrage entwickelte, mag sich die Beschränkung auf den Spezieskauf auch auf den Konsensualvertrag übertragen[4]) haben. Die Unbestimmtheit einer generischen Leistung mochte der formalen

---

[1]) vgl. z. B. Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 331 ff.

[2]) Baron, Pand. S. 520; Bekker, Jahrb. des gemeinen Rechts Bd. 5 S. 395 ff.; Stintzing in Jherings Jahrb. Bd. 10 Nr. 3.

[3]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 264 N. 2; Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht Bd. 2 S. 335 N. 1.

[4]) Brinz, Pand. Bd. 2 S. 696.

römischen Jurisprudenz beim Kaufvertrage nicht zulässig erscheinen. Auch Dernburg[1]) ist der Ansicht, daß den Römern Kaufverträge über bloß generisch bestimmte Sachen unbekannt waren, und daß sie dafür die Form der Stipulation anwandten. Andererseits ist aber zu berücksichtigen, daß sich im Laufe der Rechtsentwicklung, namentlich während der späteren Kaiserzeit, der starre Formalismus des römischen Rechts mehr und mehr verloren hat. Das Verkehrsbedürfnis brachte freiere Rechtsformen mit sich, obige Gründe für die Unzulässigkeit eines Kaufes über Gattungssachen mußten daher allmählich in Vergessenheit geraten. Es ist deshalb für die spätere Zeit nicht mehr anzunehmen, daß die Römer den Gattungskauf als Konsensualvertrag nicht gekannt hätten. Eine diesbezügliche Stelle findet sich in Fr. Vaticana 16. Dieselbe lautet: . . . quod si mille amphoras certo pretio corpore non demonstrato vendidit, nullum emtoris interea periculum erit. In diesem Falle wird es sich höchstwahrscheinlich um einen reinen Gattungskauf handeln.[2]) Es sind 1000 Krüge Wein rein generell verkauft, ohne daß eine individuelle Bestimmung durch Hinzufügen eines Vorrats angegeben würde.

Man kommt daher zu dem Ergebnis, daß das Vorkommen des reinen Gattungskaufs für die verschiedenen Stufen der Entwicklung des römischen Rechts verschieden zu beantworten ist. Jedenfalls hat bereits das klassische Recht den beschränkt generellen Kauf gekannt, der, wie oben ausgeführt wurde, grundsätzlich als Gattungskauf anzusehen ist. Im gemeinen Rechte wird der Gattungskauf allgemein anerkannt, die Annahme eines besonderen Lieferungsvertrages ist für das gemeine Recht überflüssig.

Dem älteren deutschen Rechte ist der Gattungskauf unbekannt gewesen. Anfänge dieser Obligationsform lassen sich vielleicht zuerst in dem hanseatischen Rechte nachweisen. Bei Bezug von Rohprodukten aus den Hinterländern ihrer Handels-

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 258 N. 18.

[2]) Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 19 S. 105; a. M. Bechmann a. a. O. S. 335.

niederlassungen bedienten sich die hanseatischen Kaufleute einer Art „Genuskauf mit Pränumeration“,[1]) indem man Geld als Darlehn hingab, welches dann in bestellten Waren zurückzuzahlen war. Eine gesetzliche Regelung hat die Gattungsschuld im deutschen Rechte zuerst im Schwabenspiegel (306) gefunden. Im Unterschied von dem sonst im deutschen Rechte geltenden Grundsatze, mittlere Art und Güte zu leisten, hat der Gattungsverkäufer hier die weitergehende Verpflichtung „bi dem besten“ zu geben.

Auch dem allgem. Landrechte ist der Gattungskauf bekannt. ALR. I, 5 § 275 beginnt: Ist eine bloß nach ihrer allgemeinen Gattung bezeichnete Sache (Genus) versprochen . . .; vgl. ferner I, 11 §§ 207—214 und I, 5 § 275. Eigentümlich ist dem allgem. Landrecht der sogen. Lieferungsvertrag,[2]) wonach der Verkäufer die Sache erst anzuschaffen und gegen Preiszahlung zu liefern hat. Der Lieferungsvertrag kann sich sowohl auf individuell als auch auf generell bestimmte Waren beziehen. Jedenfalls geht auch der sogen. Lieferungsvertrag mit dem Zeitpunkte der Leistung nach ALR. I, 11 § 897 in einem Kaufe auf. Ferner ist sein Anwendungsgebiet dadurch sehr beschränkt worden, daß nach Art. 338 HGB. ein Lieferungsvertrag über eine Quantität vertretbarer Sachen ausdrücklich als Kauf anzusehen war.

Von den modernen Kodifikationen sei noch erwähnt code civil art. 1246. Der Gattungsschuldner hat Ware mittlerer Art und Güte zu leisten (vgl. auch art. 1585).

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt den Gattungskauf als solchen besonders im §§ 480, 491.

Die Lehre vom Gattungskauf.

§ 4.

I. Erfüllungsort und Versendungspflicht.

Der Erfüllungsort eines Schuldverhältnisses kann sich einmal unmittelbar aus der Natur, nicht aus der Bestimmungsweise

[1]) Hoffmann, Perikulum beim Kauf S. 131.
[2]) ALR. I, 11 §§ 981—987.

der geschuldeten Leistung ergeben. Ein Grundstück, gleichviel ob es speziell oder generell geschuldet ist, kann stets nur dort übergeben und abgenommen werden, wo es sich befindet. Ferner kann bei beiden Kaufarten der Erfüllungsort durch Parteiwillen fixiert sein. Derselbe wird nicht immer ausdrücklich geäußert werden; oft werden die Beteiligten den nach den geltenden Handelsusancen in Betracht kommenden Erfüllungsort stillschweigend vorausgesetzt haben. In diesen Fällen, in denen also der Leistungsort sich entweder aus dem Willen der Parteien oder aus der Natur der Sache ergibt, kann ein Unterschied zwischen Spezies- und Gattungskauf nicht Platz greifen.

Fehlen dagegen solche Anhaltspunkte, so ergibt sich aus der nichtindividualisierenden Bestimmungsweise des Gattungskaufes ein Unterschied in der Bestimmung des Leistungsortes. Es galt nach römischem Rechte die Regel, daß in Ermanglung eines bestimmten Erfüllungsortes der Gläubiger die Leistung an jedem Orte fordern darf, an welchem er im Falle der Weigerung eine Verurteilung des Schuldners zu erlangen vermag und wirklich erlangt;[1]) sei es am forum originis, domicilii oder auch obligationis. Diese Regel erleidet jedoch eine Ausnahme für den Fall, daß es sich um individuell bestimmte Sachen handelt; hier hat die Leistung in der Regel da zu geschehen, wo der Leistungsgegenstand sich ohne Verschulden des Verkäufers befindet.[2])

Daß der Spezieskauf eine Ausnahme von der Regel beansprucht, erklärt sich daraus, daß der Käufer hier bereits den individuellen Gegenstand im Auge hat, daher der nächstliegende Erfüllungsort der ist, an welchem sich der Leistungsgegenstand befindet. Beim Gattungskauf dagegen, wo der Gegenstand des Kaufes rein abstrakt bestimmt ist und sich über die ganze Erde verteilen kann, wird naturgemäß ein solcher Gesichtspunkt meist nicht in Frage kommen.

---

[1]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 282; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 232 Abs. 2 A; vgl. dazu l. 38 D. 5, 1; l. 4 D. 13, 3; l. 47 § 1 D. de leg. 30; l. 1 D. 33, 1; l. 22 D. 12, 1.

[2]) Dernburg a. a. O.; Windscheid a. a. O.; l. 19 D. 19, 1; l. 12 § 1 D. 16, 3; l. 38 D. 5, 1; l. 11 § 1 D. 10, 4; l. 26 § 1 D. de leg. 30; l. 47 pr. D. de leg. 30; l. 108 pr. D. de leg. 30.

Obiger Grundsatz, daß eine individuell bestimmte Sache nur dort geleistet zu werden brauchte, wo sie sich befand, erfuhr im römischen Rechte dadurch eine Einschränkung, daß event. der Schuldner genötigt werden konnte, den Gegenstand auf Gefahr und Kosten des Gläubigers an den Ort zu schaffen, wo ein Gerichtsstand gegen ihn begründet war.[1]) Hierdurch wurde natürlich der Klageort nicht zum Erfüllungsort, der Verkäufer hatte lediglich eine Versendungspflicht.

Eine solche gilt aber nicht für den Gattungskauf. Hier war der Klageort bereits der Erfüllungsort, eine darüber hinausgehende Versendungspflicht ist nicht anzunehmen. Ohne besondere Vereinbarung war der Verkäufer nicht zur Übersendung generisch bestimmter Sachen verpflichtet.[2])

Im geltenden bürgerlichen Recht sind die Vorschriften über den Leistungsort in § 269 enthalten, Unterschiede zwischen Gattungs- und Speziesschuld sind hier nicht vorgesehen. Daß trotzdem die römisch-rechtlichen Sätze nicht irrelevant sind, ersehen wir aus der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen. Die Protokolle 1. Lesung (S. 1079 ff.) geben allerdings an, daß die Bestimmungen, welche der Vorentwurf § 2 und die Anträge dazu „in Ansehung der geschuldeten, bestimmten beweglichen, oder aus einer bestimmten Menge auszuscheidenden Sachen" enthielt, abgelehnt wurden. Damit sollte jedoch, wie sich aus den Protokollen ergibt, die Tatsache, daß individuell bestimmte Sachen dort zu übergeben sind, wo sie sich mit Wissen der Parteien befinden — was besonders in den zu § 2 gestellten Anträgen hervorgehoben war —, nicht bestritten werden. Man hielt die Aufnahme einer solchen Bestimmung im Hinblick auf den § 1 des Vorentwurfs für überflüssig, da dieser Erfüllungsort für Speziessachen schon der „mutmaßlichen Absicht der Parteien am meisten entspricht" (§ 1). Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung für Speziessachen würde also nur eine einzelne Anwendung der in § 1 gegebenen Regel enthalten haben. Auch nach § 269 BGB. kann also in Ermanglung besonderer

---

[1]) vgl. l. 12 § 1 D. 16, 3; l. 11 § 1 D. 10, 4.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 389 Anm. 16; Jhering a. a. O. S. 421 f.

Vereinbarungen nach den Umständen und der Natur des Schuldverhältnisses der Spezieskauf dort zu erfüllen sein, wo die Sache zur Zeit des Vertragsschlusses sich befindet,[1]) während beim reinen Gattungskauf wenigstens eine solche Erwägung ausgeschlossen ist. In Ermanglung besonderer Vereinbarung und sonstiger Umstände ist der Wohnort des Schuldners oder der Ort der gewerblichen Niederlassung auch der Erfüllungsort.

Eine gesetzliche Versendungspflicht ist im geltenden Recht für Spezies- oder Gattungskauf nicht aufgestellt.[2])

II. Die Unmöglichkeit der Leistung.

§ 5.

I. Die ursprüngliche Unmöglichkeit.

Die ursprüngliche Unmöglichkeit[3]) kann sowohl beim Gattungskauf als beim Spezieskauf vorkommen. Sie ist gegeben, wenn bereits beim Vertragsschlusse feststeht, daß die Leistung zur Zeit der Erfüllung nicht wird bewirkt werden können. Beispiele dafür sind die stipulatio hippocentauri, der Verkauf eines zur Zeit des Vertragsschlusses bereits untergegangenen Gegenstandes usw. Liegt eine solche Unmöglichkeit beim Gattungs- oder Spezieskaufe vor, so ist ein Forderungsrecht überhaupt nicht entstanden, es kann weder die Leistung noch ein Geldäquivalent gefordert werden: impossibilium nulla obligatio[4]) (§ 306 BGB.).

Zu erwähnen wäre hier der Unterschied des Gattungskaufs

---

[1]) Dernburg, B. R. Bd. 2 S. 114. Ebenso Ebert in Fischer-Henle, Komm. § 269 Abs. 3; Oertmann, Komm. zu § 269 Ic.; a. M. Cosack, HR. S. 147.

[2]) Dernburg, B. R. Bd. 2, 2 S. 21.

[3]) Die von Titze (Unmöglichkeit der Leistung S. 23ff.) und Krückmann (Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß S. 282ff.) gegen die Unterscheidung von anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit gerichtete Polemik ist unbegründet.

[4]) l. 185 D. 50, 17.

vom Spezieskauf, daß eine Unmöglichkeit aus dem Grunde, daß die gekaufte Sache zur Zeit des Vertragsschlusses im Eigentum des Käufers stand, beim Gattungskaufe nicht eintreten kann.[1]) Beim Spezieskaufe liegt aber in diesem Falle nicht eine subjektive Unmöglichkeit vor,[2]) sondern vielmehr eine objektive. Nicht die persönlichen Beziehungen des Verkäufers zur Sache bewirken die Nichtigkeit des Kaufes, sondern vielmehr die des Käufers. Nicht nur nicht der Verkäufer ist imstande, dem Käufer das Eigentum der Sache zu verschaffen, die ihm schon gehört, sondern niemand ist dazu imstande. Dieser Unterschied des Gattungskaufes erklärt sich wiederum aus seiner nicht individualisierenden Bestimmungsweise. Es kann hier recht wohl eine Sache geleistet werden, die sich zur Zeit des Vertragsschlusses im Eigentume des Käufers befand, weil infolge der generellen Bestimmung keine konkrete Sache in obligatione ist, also auch nicht die zu leistende. Der Satz suae rei emptio non valet[3]) kann keine Anwendung finden.

Im preußischen und bürgerlichen Recht ist die Unmöglichkeit in derselben Weise geregelt wie im römisch-gemeinen Rechte. Bei anfänglicher Unmöglichkeit Nichtigkeit des Vertrages, bei anfänglichem Unvermögen Haftung auf das Erfüllungsinteresse. Der Kauf einer dem Käufer bereits gehörenden Spezies ist auch nach geltendem Rechte (§ 306 BGB.) nichtig. Die Hauptverpflichtung des Verkäufers ist auf Eigentumsübertragung gerichtet, diese ist aber objektiv unmöglich.[4])

§ 6.

2. Die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung.

I. Wird die Leistung nach dem Vertragsschlusse durch einen Umstand, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, un-

---

[1]) vgl. l. 72 § 4 D. 46, 3; l. 67 D. l. c.

[2]) So Müsch, Wodurch unterscheidet sich Gattungskauf und Spezieskauf S. 17.

[3]) l. 16 pr. D. 18, 1.

[4]) Enneccerus-Lehmann, B. R. 2. Aufl. Bd. 1 S. 588; a. M. Dernburg, B. R. Bd. 2 § 169 II.

möglich, so wird der Schuldner befreit. Eine solche Unmöglichkeit der Erfüllung kann aber bei der Gattungsschuld nur sehr selten eintreten; nur dann, wenn die ganze Gattung untergegangen ist. Wird bei der Gattungsschuld eine Sache, mag sie der Schuldner auch zum Zwecke der Leistung angeschafft oder einseitig ausgeschieden haben, durch Zufall oder Verschulden[1]) einer Partei vernichtet, so wird der Schuldner nicht befreit. Das liegt in der abstrakten Natur dieses Schuldverhältnisses begründet; nicht die Sache, welche untergegangen ist, sondern eine Sache wurde geschuldet. Der Schuldner bleibt also so lange verpflichtet, als die Leistung aus der Gattung noch objektiv möglich ist, der Untergang einzelner Gattungssachen — sei er ein zufälliger oder verschuldeter — kann ihn nicht befreien. Die Glossatoren drückten dies in dem Satze aus: genus perire non censetur. Dieser Grundsatz hat im BGB. § 279 Aufnahme gefunden: Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Der Gattungsschuldner wird also erst dann befreit, wenn die Leistung objektiv unmöglich geworden ist.

Wann ist nun eine Leistung objektiv unmöglich?

Nach dem Vorgange von Titze und Kisch[2]) unterscheidet die herrschende Lehre zwischen logischer und juristischer Unmöglichkeit der Leistung. Logisch unmöglich ist eine Leistung, von der wir auf Grund unserer Erfahrung wissen, daß sie notwendigerweise nicht geschehen kann. Unmöglichkeit ist hier gleich „Notwendigkeit des Nichtgeschehens".[3]) Von dem Begriff der logischen Unmöglichkeit ist aber die juristische Unmöglichkeit zu unterscheiden. Was logisch unmöglich ist, ist auch juristisch unmöglich; nicht aber ist alles, was logisch möglich ist, auch als juristisch möglich zu bezeichnen. Juristische Un-

[1]) Eingehende Untersuchungen über das Verschulden bei der Gattungsschuld sowie über die dadurch hervorgerufene teilweise Unmöglichkeit der Leistung finden sich bei Haver, Gattungsschuld S. 45 ff.

[2]) Titze a. a. O. S. 2 ff.; Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung, Jena 1900.

[3]) Hartmann, Obligation S. 172.

möglichkeit der Leistung liegt vor, wenn die Leistung zwar absolut möglich ist, ihrer Bewirkung sich aber Hindernisse entgegenstellen, deren Überwindung dem Schuldner billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann.

Auch andere Unmöglichkeitstheorien versuchen den Interessen des Schuldners gerecht zu werden. Kleineidam[1]) will lediglich den Begriff der logischen Unmöglichkeit der Leistung anerkennen. Er konstruiert jedoch die „überobligationsmäßige Schwierigkeit" als eine logische Unmöglichkeit der Leistung. Krückmann[2]) wiederum versteht unter logischer Unmöglichkeit nur die Notwendigkeit des Nichtgeschehens. Er gibt aber dem Schuldner in den Fällen der Unerschwinglichkeit oder überobligationsmäßigen Schwierigkeit der Leistung eine Einrede „aus entgegenstehendem eigenem gewichtigem Interesse" oder „aus wichtigem Grunde", kraft deren er berechtigt ist, die Erfüllung seiner Leistungspflicht zu verweigern.

Eine Kritik dieser und anderer Unmöglichkeitstheorien ist an dieser Stelle nicht angängig. Gemeinsam ist ihnen allen das Bestreben, dem Schuldner auch über die Fälle der absoluten Unmöglichkeit hinaus Hilfe zu gewähren. Ob dies technisch in Form der ipso iure wirkenden Unmöglichkeit oder in Form einer Einrede geschieht, ist praktisch nur von geringer Bedeutung. Befreit aber das Unvermögen in § 275 Abs. 2 ipso iure, so wird man de lege lata auch der Unerschwinglichkeit diese Wirkung nicht absprechen dürfen.[3]) Man wird daher der herrschenden Theorie[4]), welche neben der logischen eine juristische Unmöglichkeit der Leistung annimmt, den Vorzug geben müssen. Der Richter darf m. E. kein Versäumnisurteil erlassen, wenn sich aus dem Klagevorbringen ergeben sollte, daß die Leistung für den Schuldner juristisch unmöglich gewesen ist.

[1]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 14.

[2]) Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101 S. 31ff.

[3]) Die Begriffe Unvermögen und Unerschwinglichkeit sind, wenn nicht gar in allen, so doch in den meisten Fällen identisch (ebenso Krückmann a. a. O. S. 65).

[4]) Zur Theorie Kleineidams vgl. Kisch in Grünhuts Zeitschr. Bd. 29 S. 311ff.

Streitig wird allerdings oft die Frage sein, welche Umstände derart wirken, daß die Erfüllung dem Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann. Nicht jede nach dem Vertragsschlusse eintretende Veränderung der Umstände kann berücksichtigt werden. Dies würde einer clausula rebus sic stantibus gleichkommen. Einheitliche Prinzipien aber darüber, welche Leistungshindernisse den Schuldner befreien, lassen sich nicht aufstellen. Ausschlaggebend wird meist die Größe der Kraftanstrengung im Verhältnis zum Schuldzwecke sowie die Eigenart des Schuldverhältnisses sein, welches wiederum nach Treu und Glauben auszulegen ist. In letzter Linie wird man also auf § 242 BGB. zurückgreifen müssen.

Für die Gattungsschuld ergibt sich hieraus, daß der Schuldner nicht nur dann befreit wird, wenn die ganze Gattung untergegangen ist, sondern bereits dann, wenn nur noch wenige Exemplare derselben vorhanden sind, ihre Anschaffung aber für den Schuldner übermäßige Opfer erfordert. Ist dem Verkäufer seine Fabrik für einen Spezialartikel abgebrannt und erfordert der Ankauf der anderweit zufällig noch vorhandenen Ware dieser Fabrik exorbitante Kosten, so wird er von seinen Verpflichtungen befreit.[1]) Im übrigen kann eine Unerschwinglichkeit der Leistung ebenso wie bei der Speziesschuld durch die verschiedenartigsten Umstände hervorgerufen werden. Ausfuhrverbot, Blockade, Kriegsereignisse, Verkehrsstockungen, Betriebsstörungen, Naturereignisse usw. können als solche Hindernisgründe in Betracht kommen. Die Lieferung von frischen Seefischen für die Karwoche ist in einer Kontinentalstadt juristisch unmöglich, wenn infolge von Schneewehen der Eisenbahnverkehr mit der Seeküste vollständig unterbrochen ist.[2]) Ist die Leistung hier auch absolut möglich, so kann doch dem Schuldner die Überwindung derartiger Schwierigkeiten nicht zugemutet werden.

II. Ist nach unseren obigen Ausführungen der § 279 BGB. nur als eine Wiederaufnahme des alten Satzes: genus perire

---

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 57 S. 116.

[2]) vgl. Staudinger, Komm. zum Recht der Schuldverhältnisse Bd. 2, 1 Vorbem. 2 zu § 275.

non censetur anzusehen, so hat doch seine Auslegung infolge der nicht gerade glücklichen Verwendung des Begriffes Unvermögen manche Unklarheiten gezeitigt.

Cosack[1]) entscheidet den Fall, daß jemand 60 Stück Aktien der Deutschen Bank verkauft hat, lieferbar ultimo des Monats, und durch Krankheit an der Anschaffung verhindert wird, nach § 279 dahin, daß der Verkäufer haftbar sei, weil die Unmöglichkeit nur eine subjektive, die Leistung aus der Gattung noch möglich sei. Die Natur der Umstände, auf denen die Unmöglichkeit der Leistung beruhe, käme nicht in Frage. Es dürfte schwer sein, unter diesen Umständen eine Gruppe auszuscheiden, die mit den Eigentümlichkeiten der nur der Gattung nach bestimmten Gegenstände nichts zu tun haben und deshalb von dem Schuldner nicht vertreten zu werden brauchen. — Diesen Ausführungen wird man nicht zustimmen können. Der § 279 hat nur eine aus dem Wesen der Gattungsschuld sich ergebende Konsequenz normieren wollen.[2]) Er besagt nur, daß ein Unfall, der die in Vorbereitung befindliche Leistung trifft, den Gattungsschuldner nicht befreit. Die Gattungsschuld kann nur insoweit eine von der Speziesschuld verschiedene Behandlung erfahren, als sie sich ihrem Wesen nach von dieser unterscheidet. Sie unterscheidet sich aber von dieser durch eine ihr eigene Bezeichnung des Schuldgegenstandes. Nur auf den Schuldgegenstand sich erstreckende Einwirkungen können daher eine andere rechtliche Behandlung beanspruchen. Wird die Leistung aber aus einem Grunde unmöglich, der außerhalb des Gegenstandes der Leistung liegt, z. B. in der Person des Schuldners begründet ist, so kann ein solcher Umstand nur denselben Regeln unterliegen wie bei der Speziesschuld. Wenn der Schuldner 60 Stück Aktien der Deutschen Bank liefern soll und plötzlich erkrankt, so würde ihm doch ein solcher in seiner Person liegender Grund in gleicher Weise die Lieferung einer individuell bestimmten Sache unmöglich machen. Es liegt hier kein Grund vor, verschiedene

---

[1]) Cosack, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 334.
[2]) Berndorff, Gattungsschuld S. 47.

Rechtsfolgen eintreten zu lassen, je nachdem der Gegenstand des Schuldverhältnisses speziell oder generell bestimmt ist. Der Grund des Unvermögens steht hier in keiner Beziehung zu der gattungsmäßigen Verpflichtung des Schuldners, er hat mit der Eigenart der Gattungsschuld gar nichts zu tun. Der Wortlaut des § 279 gibt allerdings keinerlei Anhaltspunkte für die Entscheidung dieser Frage, er spricht eher für die gegnerische Ansicht.[1])

De lege ferenda empfiehlt es sich, den § 279 überhaupt fallen zu lassen. Was der Paragraph besagen wollte, daß der Gattungsschuldner noch nicht befreit wird, wenn das zur Leistung angeschaffte oder ausgeschiedene Stück untergeht, das hat er nicht gesagt; denn wenn der Schuldner an Stelle des untergegangenen Gegenstandes einen anderen beschaffen muß, so kann man deshalb noch lange nicht von einem Unvermögen sprechen. Was der Paragraph aber seinem Wortlaute nach besagt, daß der Schuldner jedes Unvermögen zu vertreten hätte, das ist unrichtig. Wahres Unvermögen, z. B. Krankheit, hat ebenso wie bei der Speziesschuld befreiende Wirkung (§ 275 II). Unter dasselbe fällt allerdings niemals die Zahlungsunfähigkeit. Weder bei der Speziesschuld noch bei der Gattungsschuld wird der Schuldner durch Mangel an Geldmitteln befreit.[2]) Überflüssig schließlich ist § 279 insofern, als er lediglich eine aus dem Wesen der Gattungsschuld sich ergebende Konsequenz aussprechen soll: der Gattungsschuldner haftet so lange, als die Leistung aus der Gattung möglich ist, d. h. so lange, als die Leistung nicht absolut unmöglich oder unerschwinglich ist.[3]) Will man dies aber einmal zum Ausdruck

---

[1]) Für die einschränkende Auslegung des § 279 sind Berndorff a. a. O. S. 47; Planck, Komm. § 279 Anm. 3; Dernburg, B. R. Bd. 2, 1 S. 133; Oertmann, Komm. § 279 Anm. 3; Kisch a. a. O. S. 117; Titze a. a. O. S. 92; dagegen Cosack a. a. O. S. 334; Kleineidam a. a. O. S. 125.

[2]) Befreiung tritt nur dann ein, wenn die Leistung selber unerschwinglich wird; vgl. oben S. 16.

[3]) Unerschwinglichkeit und wahres Unvermögen sind meist identisch (Krückmann a. a. O. S. 65). Das Unvermögen muß, wenn es befreiende Wirkung haben soll, stets das Moment der Unerschwinglichkeit enthalten; es befreit dann eben auch im Falle des § 279.

bringen, so ist bei einer solchen Gesetzesnorm der Begriff des Unvermögens vollkommen entbehrlich und als irreführend zu vermeiden.

III. Der Gefahrübergang (Konzentration).

§ 7.

I. Geschichtliche Entwicklung.

Wird eine Leistung nachträglich unmöglich, oder wird der Leistungsgegenstand auch nur beschädigt, so erhebt sich die Frage, welche von den Vertragsparteien den eingetretenen Schaden zu tragen hat. Hat eine von ihnen die Unmöglichkeit oder die Verletzung des Leistungsgegenstandes zu vertreten (§ 276), so wird diese Partei auch schadensersatzpflichtig. Wo aber eine solche Vertretungspflicht nicht vorliegt, der Schaden also durch einen Zufall verursacht worden ist, wird die Schadensverteilung durch die Lehre von der Gefahrtragung geordnet. Hat darnach in der Regel der Schuldner für den eingetretenen Schaden aufzukommen, so hat von dem Zeitpunkte des Gefahrüberganges ab der Gläubiger denselben zu tragen. Unter Gefahr ist also die Möglichkeit eines den Leistungsgegenstand zufällig treffenden Schadens zu verstehen, betrachtet unter dem Gesichtspunkte, ob ihn der Gläubiger oder der Schuldner tragen soll.[1]) Wie aber der Begriff Zufall einmal im Sinne eines nicht verschuldeten Ereignisses gebraucht wird, dann aber im juristi-

---

[1]) Bei der Gattungsschuld kann die Gefahr für den Schuldner zweierlei Gestalt annehmen. Der Schade kann einmal darin bestehen — das ist nur der Gattungsschuld eigentümlich —, daß der Schuldner an Stelle der untergegangenen Leistung eine andere beschaffen muß (§ 279). Ferner kann er darin bestehen — das ist Spezies und Gattung gemeinsam —, daß der Schuldner zwar keine weitere Leistung zu bewirken braucht, aber seinerseits den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Letzteres liegt bei der Gattungsschuld dann vor, wenn die ganze Gattung untergegangen ist (vgl. Kisch a. a. O. S. 609 Anm. 1).

schen Sinne von einem Ereignisse, das außerhalb der gesetzlich oder vertraglich bestimmten Vertretungspflicht eintritt, so ist der Begriff der Gefahr, da er von dem des Zufalls abhängig ist, sowohl in dem einen wie dem anderen Sinne zu gebrauchen.

Für die Gefahrtragung galten im römischen Rechte wesentlich andere Grundsätze als in unsern modernen Kodifikationen. Während im geltenden Rechte der Schuldner die Gefahr bis zur Erfüllung trägt, ging im römischen Recht — wenigstens beim Spezieskauf — die Gefahr bereits mit dem Vertragsschluß auf den Käufer über. Es galt der Grundsatz periculum emtoris. § 3 Inst. 3, 23: cum emtio et venditio contracta sit periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res tradita non sit. Ging also die gekaufte Sache nach dem Vertragsschlusse unter, so mußte der Käufer den Kaufpreis zahlen, obwohl er nichts erhielt.

Beim Genuskaufe aber muß die Gefahr notwendigerweise in einem anderen Zeitpunkte übergehen. Denn bei diesem ist der Gegenstand des Kaufes noch nicht individuell bestimmt. Der Käufer kann nur die Gefahr eines bestimmten Objektes tragen. Die Gefahr kann daher erst in dem Zeitpunkte auf den Käufer übergehen, wo die Spezies aus dem Rahmen des Genus heraustritt. Erst in diesem Augenblicke ist der Vertrag wirklich perfekt im Sinne des römischen Rechtes, denn erst jetzt steht das quid quale quantum[1]) des Kaufgegenstandes fest. Wann tritt nun diese „Konkretisierung“ der Gattungsschuld in eine Spezialschuld und somit der Übergang der Gefahr auf den Käufer ein?

Eine klare Entscheidung über diese Frage ist in den Quellen nicht zu finden. Die in Betracht kommenden Stellen werden von den Anhängern der verschiedenen Theorien in verschiedenem Sinne ausgelegt.[2]) Eine eingehende Erörterung der Frage, wann die Gefahr beim Gattungskauf übergeht, unternahm zuerst Thöl im Jahre 1841. Nach Thöl[3]) hat die Obligation sich

---

[1]) l. 8 pr. D. 18, 6.

[2]) l. 35 § 7 D. 18, 1; ferner l. 5 D. 18, 6 und l. 2 C. 4, 48.

[3]) Thöl, HR. Bd. 1 S. 74.

dann auf einen bestimmten Gegenstand konkretisiert, wenn sich Wissen und Wille des Verkäufers und das Wissen des Käufers auf einen äußerlich abgesonderten, wiedererkennbaren Teil des Genus richten. Es genügt deshalb eine rein einseitige Ausscheidung nicht, sondern die Ausscheidung der Spezies muß dem Käufer so genau angezeigt werden, daß der Beweis der Identität mit Beziehung auf diese Anzeige geführt werden kann.

Im Gegensatz zu der Ausscheidungs- oder Apparitionstheorie Thöls stellte Jhering seine sogen. Lieferungstheorie auf.[1]) Er leitet dieselbe an der Hand des bekannten Falles vom Kohlenschiffer ab und kommt zu der Ansicht, daß nicht die Ausscheidung, sondern die Erfüllung, das tradere, der gefahrübertragende Akt sein müsse. Eine Ausscheidung sei dazu weder erforderlich noch ausreichend. Maßgebend soll sein, daß der Schuldner das seinerseits Erforderliche zur Lieferung getan hat. Die Gefahr geht auf den Käufer über mit der wirklich beschafften oder durch seine mora verhinderten Lieferung. Die Lieferung geschieht bei ihm selbst (Holen), sofern nicht das Bringen oder Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist. Der Kohlenlieferant hat also das seinerseits Erforderliche getan, ohne die Kohlen für beide Besteller getrennt zu verladen.

Die beiden Haupttheorien Thöls und Jherings legen die Konzentration entweder in die Ausscheidung oder in die Leistung. Zwischen diesen Momenten bewegen sich eine Reihe von anderen Theorien. Thöl nähert sich am meisten Regelsbergers Theorie der bloßen Anzeige oder Wahltheorie.[2]) Ferner sind die Individualisierungstheorie Beckers[3]) und die Absendetheorie Gareis'[4]) zu erwähnen.

Die neueren Kodifikationen haben sich hinsichtlich des Gefahrüberganges teils dem römischen Rechte angeschlossen — wie das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch —, teils haben sie,

---

[1]) Jhering, Jahrb. Bd. 4 S. 367ff.
[2]) Regelsberger, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 49 S. 183f.
[3]) Bekker a. a. O. S. 350ff.
[4]) Gareis in Endemanns Handb. d. HR. Bd. 2 S. 640ff.

wie das allgem. Landrecht, das deutschrechtliche Traditionsprinzip angenommen. Und zwar ist hier die Tradition in gleicher Weise für den Genuskauf wie für den Spezieskauf das Moment der Gefahrübertragung. Von einer bloßen Ausscheidung zwecks Gefahrübertragung kann hier nicht die Rede sein. ALR. I, 11 § 128 bestimmte: Unter Abwesenden ist die Übergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben, oder dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden ist. Es ergeben sich also nach dem allgem. Landrecht keine Besonderheiten für den Gefahrübergang durch Tradition beim Gattungskauf.

Die Gefahr kann aber auch übergehen, wenn der Käufer mit der Annahme im Verzuge ist: Hat der Käufer durch seine Schuld die Übernahme verzögert, so kann der Käufer Schadloshaltung fordern,[1]) d. h. mit dem Annahmeverzuge trägt der Käufer die Gefahr. Im Sinne der gemeinrechtlichen Theorien über den Gefahrübergang verlangte man jedoch auch nach preußischem Recht für den Gattungskauf, daß das Objekt „ausgeschieden, angeboten und zur besonderen Verfügung des morosen Käufers gehalten sei".[2])

2. Bürgerliches Recht.

§ 8.

Der Gefahrübergang (Konzentration).

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in den § 446, 447 das deutschrechtliche Traditionsprinzip angenommen; die Gefahr geht mit der Tradition über. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich ferner in § 243 Abs. 2 auf den Standpunkt der Jheringschen Erfüllungstheorie gestellt, jedoch mit der Maßgabe, daß nicht der Gefahrübergang, sondern die Konzentration dann eintreten

---

[1]) ALR. I, 11 §§ 102, 103.

[2]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 316.

soll, wenn der Schuldner das zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan hat.[1]) Wann dies geschehen ist, richtet sich nach der Art des konkreten Schuldverhältnisses. Stets hat der Schuldner seiner Pflicht genügt, wenn er dem Gläubiger die Leistung derart angeboten hat, daß dieser durch die Nichtannahme in Verzug gerät (§§ 293, 294, 300 Abs. 2); im Falle einer Schickschuld aber schon dann, wenn er die Ware an den Käufer abgesandt hat (§ 447). Die Konzentration tritt hiernach ein, wenn der Schuldner die Voraussetzungen des Gefahrüberganges erfüllt hat.[2]) Konzentration und Gefahrübergang sind daher, wie die Protokolle[3]) sagen, notwendige Korrelate.

Von einer Konzentration des Schuldverhältnisses kann man dann nicht sprechen, wenn Gefahrübergang und Erfüllung zusammenfallen (§ 446). Mit der Erfüllung erlischt das Schuldverhältnis, ohne daß für eine Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld Raum wäre. Der Satz „Gefahrübergang und Konzentration sind Korrelate" kann daher nur für die Fälle geprägt sein, wo der Gefahrübergang bereits vor der Erfüllung eintritt. Als solche kommen insbesondere Distanzkauf (§ 447) und Annahmeverzug (§ 300 Abs. 2) in Betracht. Solange Konzentration und Gefahrübergang hier nicht stattgefunden haben, haftet der Gattungsschuldner gemäß § 279 BGB. unbeschränkt aus der Gattung.

Dies würde allerdings nicht zutreffen, wenn man den Ausführungen Breits[4]) folgend ein Auseinanderfallen von Konzentration und Gefahrübergang zulassen wollte. Ginge die gelieferte

---

[1]) Die Gattungsschuld kann sich natürlich auch durch Vertrag in eine Speziesschuld verwandeln (§ 305 BGB.). Ebenso kann durch Untergang der Gattungsobjekte bis auf eines eine Verwandlung in eine Speziesschuld eintreten, allerdings nur dann, wenn das Entstehen neuer Gattungsobjekte ausgeschlossen ist. Diese Fälle haben aber nichts mit § 243 Abs. 2 zu tun.

[2]) So die herrschende Lehre; vgl. Planck, Komm. zu § 243 Anm. 4; H. A. Fischer (Konzentration und Gefahrübergang bei Gattungsschulden, in Jherings Jahrb. Bd. 51 S. 159ff., 193ff.) will die Erfordernisse der Konzentration unabhängig von §§ 447, 300 Abs. 2 bestimmen, kommt aber im wesentlichen zu denselben Ergebnissen.

[3]) Prot. zur 2. Lesung Bd. 1 S. 287; ebenso Mot. Bd. 2 S. 12.

[4]) Breit, Das Vinkulationsgeschäft S. 113ff.

Sache nach der Konzentration, aber vor dem Gefahrübergange zufällig unter, so würde der Schuldner zwar den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren (§ 323 Abs. 1), würde aber von seiner Leistungspflicht aus der Gattung frei werden (§ 275). — Ein solches Ergebnis ist nicht zu billigen. Der Schuldner hat nicht eher das seinerseits Erforderliche getan, als er nicht die Voraussetzungen des Gefahrüberganges erfüllt hat. Das Eintreten von Konzentration und Gefahrübergang ist in jedem Falle an dieselben Erfordernisse hinsichtlich der Leistungstätigkeit des Schuldners gebunden. § 243 Abs. 2 ist nur im Zusammenhange mit § 300 Abs. 2 und § 447 zu interpretieren. Aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1]) ist zu ersehen, daß man ein Auseinanderfallen von Konzentration und Gefahrübergang gerade vermeiden wollte. Breit[2]) erklärt denn auch selber, daß diese Trennung etwas Unnatürliches an sich habe.

II. Wann treten nun Konzentration und Gefahrübergang ein?

Der Verkäufer hat das seinerseits Erforderliche in jedem Falle dann getan, wenn er die Sache tradiert. Mit der Tradition geht die Gefahr über (§ 446). Von einer Konzentration kann man allerdings in diesem Falle nicht sprechen, da mit der Übergabe das Schuldverhältnis erlischt, ohne sich erst in eine Speziesschuld zu verwandeln.

Beim Distanzkauf (Schickschuld) treten Konzentration und Gefahrübergang mit der Absendung ein (§ 447). Von Wichtigkeit ist hierbei, daß eine Ausscheidung der Ware nicht unbedingt erforderlich ist.[3]) Auch bei Sammelsendungen geht die Gefahr mit der Absendung über. Die Notwendigkeit einer gesonderten Verladung der Waren würde eine nicht unerhebliche Belästigung des Verkehrs darstellen. Entbehrlich ist die Ausscheidung jedenfalls da, wo dies ausdrücklich verabredet oder verkehrsüblich ist.

Eine besondere Regelung haben Gefahrübergang und Konzentration beim Annahmeverzuge gefunden (§ 300 Abs. 2). Die

---

[1]) Prot. Bd. 2 S. 287.

[2]) Breit a. a. O. S. 159 ff.

[3]) Ebenso Oertmann, Komm. § 447 Anm. 4; a. M. Planck, Komm. § 447 Anm. 3; Staudinger, Komm. § 447 Anm. 10.

Gefahr geht beim Annahmeverzuge bei der Gattungsschuld erst in dem Zeitpunkte auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Der Ausdruck „angebotene Sache" deutet darauf hin, daß stets eine Individualisierung der Ware erfolgt sein muß, um den Gläubiger in Verzug zu setzen und damit Konzentration und Gefahrübergang herbeizuführen.[1]) In welcher Weise im übrigen das Angebot erfolgen muß, richtet sich darnach, ob eine Bringschuld oder eine Holschuld vorliegt.

a) Ist der Schuldner verpflichtet, die Sache zu bringen, so ist außer der Ausscheidung ein reales Angebot der Sache erforderlich (§ 294). Die Absendung der Ware an den Gläubiger genügt nicht; die Gefahr geht vielmehr erst dann über, wenn die Ware dem Gläubiger am Erfüllungsorte zugegangen ist. Damit tritt auch die Konzentration des Schuldverhältnisses ein. Jedoch genügt bei der Bringschuld ein wörtliches Angebot dann, wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Sache nicht annehmen werde.

b) Ist der Gläubiger verpflichtet, die Sache zu holen, so kommt er nach § 295 dadurch in Verzug, daß er sich, wenn ihm der Schuldner die Leistung wörtlich angeboten hat, bei dem Gläubiger nicht einfindet, um die vertragsmäßig aus der Gattung ausgeschiedene Ware abzuholen. Unrichtig wäre es, auch bei der Holschuld ein tatsächliches Angebot der Sache zu fordern. Der Schuldner hat vielmehr das seinerseits Erforderliche bereits dann getan, wenn er die Ware wörtlich angeboten hat.[2]) Notwendig ist indessen, wie gesagt, stets, daß der Schuldner eine bestimmte Sache aus der Haftung ausgeschieden hat (§ 300 Abs. 2). Das Reichsgericht[3]) erfordert sogar, daß das Angebot derart erfolgt, daß in demselben erkennbar auf das ausgeschiedene Stück Bezug genommen wird. Ein allgemeines Bereiterklären zur Leistung, wenn es auch zeitlich nach der Ausscheidung erfolgt, genüge zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 300 Abs. 2 nicht.

---

[1]) Berndorff a. a. O. S. 38.
[2]) Oertmann, Komm. § 300 Anm. 3; Planck, Komm. § 300 Anm. 3.
[3]) RG. Bd. 57 S. 403.

Besonders günstig gestellt ist der Gläubiger im Falle des § 296. Ist er verpflichtet, die gekaufte Sache zu holen, und ist für diese Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt oder von einer Kündigung ab zu berechnen, so geht, wenn er nicht rechtzeitig kommt, um die Sache zu holen, die Gefahr noch nicht auf ihn über. Nach § 300 Abs. 2 kann dies nur dann geschehen, wenn der Gläubiger die angebotene Sache nicht annimmt; liegt aber kein Angebot der Sache vor, so haftet der Schuldner nach wie vor aus § 279. Man könnte eine Befreiung des Schuldners unmöglich mit dem Wortlaute vom § 300 Abs. 2 in Einklang bringen. Will der Schuldner die Gefahr übertragen, so muß er auch in diesen Fällen eine bestimmte Sache ausscheiden und dieselbe dem Gläubiger mindestens wörtlich anbieten.[1])

Fassen wir hiernach das Gesagte zusammen, so ergibt sich, daß Gefahrübergang und Konzentration in jedem Falle nur dann erfolgen, wenn der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat.[2]) Der Vertrag kann auf Bringen, Holen oder Schicken gestellt sein. Beim Schicken geht die Gefahr mit der Absendung über, beim Bringen und Holen mit der Übergabe event. mit dem Annahmeverzuge (§ 300 Abs. 2).

§ 9.

Das Konzentrationsprinzip.

Die Wirkung der eingetretenen Konzentration geht dahin, daß sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandelt.[3]) Und zwar tritt dieselbe sowohl zugunsten des Gläubigers wie zugunsten des Schuldners ein. Der Schuldner wird von seiner

---

[1]) Oertmann a. a. O. Anm. 3d; Planck a. a. O. Anm. 3.

[2]) Zur Konzentration ist aber auch erforderlich, daß der Schuldner mindestens Ware mittlerer Art und Güte liefert. Sendet er mangelhafte Ware ab, so macht dieselbe die Hinreise wie die Rückreise im Falle der Ablehnung auf seine Gefahr.

[3]) Breit (a. a. O. S. 213ff.) leugnet die Verwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld. Die Konzentration soll nur eine Beschränkung im Erfüllungsobjekte sein.

Haftung nach § 279 befreit und an seine Stelle tritt § 275. Andererseits erhält auch der Gläubiger mit der Konzentration ein unwiderrufliches Recht auf die ausgeschiedene Sache.

Gegen letztere Konsequenz wurde schon in der 2. Kommission aus wirtschaftlichen Erwägungen Bedenken erhoben. Es sei mit den Bedürfnissen des Verkehrs unvereinbar, daß der Schuldner, welcher beispielsweise 100 Scheffel Weizen dem Spediteur oder Frachtführer zur Beförderung übergeben habe, nicht das Recht haben sollte, nach der Absendung über dieselben anderweitig zu verfügen und dem Gläubiger andere hundert der geschuldeten Art und Güte rechtzeitig zu liefern. Die Verneinung dieses Rechtes sei besonders hart, wenn der Gläubiger ohne zwingenden Grund die Annahme der ihm übersandten Waren verweigert. Mit Rücksicht darauf wurde der Antrag eingebracht, den § 243 Abs. 2 zu streichen und statt dessen die Vorschrift des § 447 folgendermaßen zu verallgemeinern: Versendet der Schuldner die zu leistende Sache auf Verlangen des Gläubigers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr auf den Gläubiger über, sobald der Schuldner die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung des Transports bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat. Dieser Antrag wurde hauptsächlich aus dem Grunde abgelehnt, daß einmal zum Ausdruck gebracht werden müsse, daß mit dem Gefahrübergange auch die Konzentration zusammenfalle, und daß zweitens eine solche generelle Fassung gegenüber dem Rechte des Werkvertrages direkt unrichtig sei.[1]) In Fällen obiger Art, meinte man, werde eine exceptio doli gegenüber dem die Annahme verweigernden Gläubiger dem Schuldner ausreichenden Schutz gewähren.

Das Konzentrationsprinzip ist denn auch von Wissenschaft und Praxis mehrfach durchbrochen worden. Dem Schuldner wird allgemein das Recht gewährt, sich durch Leistung einer anderen Sache als derjenigen, auf welche sich das Schuldver-

[1]) Dieser zweite Grund, der wohl ausschlaggebend war, ist später weggefallen, nachdem die 2. Kommission die Aufnahme einer dem § 447 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift auch beim Werkvertrage beschlossen hatte; vgl. jetzt § 644 Abs. 2 BGB. (Prot. Bd. 2 S. 330/31).

hältnis gemäß § 243 Abs. 2 beschränkt hat, zu befreien, vorausgesetzt, daß der Gläubiger kein Interesse daran hat, gerade die zuerst ausgeschiedene Sache zu erhalten. Besonders tritt dieses Bedürfnis dann hervor, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt.

Die Begründung dieses ius variandi ist aus § 226 BGB. zu entnehmen.[1]) Der Gläubiger kann sich auf die eingetretene Konzentration nicht berufen, wenn die Ausübung dieses Rechtes nur den Zweck haben kann, dem Schuldner Schaden zuzufügen. Daß der Gläubiger keinerlei Interesse daran hat, gerade die zuerst ausgeschiedene Ware zu erhalten, muß der Schuldner beweisen. Einige leiten dieses ius variandi aus §§ 157, 242 ab. Das Schuldverhältnis soll auch nach der Konzentration seinen Charakter als Gattungsschuld insoweit behalten, als Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Andere wieder nehmen an, daß die Konzentration nur zugunsten, nicht aber zuungunsten des Schuldners eintrete.[2]) Einige wollen in der Zurückweisung, andere weitergehend in dem Annahmeverzuge des Gläubigers schlechthin einen Verzicht auf die zu seinen Gunsten eingetretene Konkretisierung erblicken.

Von Wichtigkeit ist das ius variandi beim Versendungskauf und beim Annahmeverzug. In beiden Fällen behält der Schuldner unter obigen Voraussetzungen auch nach der Konzentration ein Verfügungsrecht über die ausgeschiedene Ware. Das Reichsgericht hat beim Annahmeverzuge daraus gefolgert, daß bei einem Selbsthilfeverkauf Identität der versteigerten mit der angebotenen, aber zurückgewiesenen Ware nicht erforderlich sei, wenn nur die zur Verfügung gestellte Ware von gleicher Qualität war.[3]) Neuerdings hat das Reichsgericht sogar ausgesprochen, daß, falls der erste Selbsthilfeverkauf nicht ordnungsmäßig verlaufen ist, der Verkäufer Ware gleicher Qualität in einem zweiten wirksamen Selbsthilfeverkauf versteigern lassen könne. Der

---

[1]) vgl. über das Folgende Oertmann, Komm. § 243 Anm. 5 und die dort Zitierten.

[2]) Dagegen H. A. Fischer a. a. O. S. 203 und die ebenda in Anm. 48 Zitierten.

[3]) Entsch. d. OLG. Bd. 8 S. 435.

Käufer habe aber keinen Anspruch auf den höheren Erlös aus der im ersten Selbsthilfeverkaufe versteigerten Ware, auf welche das Schuldverhältnis sich konzentriert hatte.[1])

Mit Rücksicht auf diese zahlreichen Durchbrechungen ist der Konzentrationsgedanke in der Literatur mehrfach angegriffen worden. Die Transmutation der Gattungsschuld in eine Speziesschuld wird neuerdings von Breit[2]) bestritten. Er will in der Konzentration lediglich eine „Beschränkung im Erfüllungsobjekte" sehen. Dem ist nicht zuzustimmen. Einmal würde dies der ganzen geschichtlichen Entwicklung der Konzentration widersprechen; stets hat man darin eine Verwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld gesehen. Zweitens aber ist mit einer derartigen „Beschränkung" nicht viel gewonnen. Es bedarf nach wie vor der Hilfe der Annahme, daß die Konzentration lediglich zugunsten des Schuldners eintrete oder der §§ 157, 226, 242, um die schädlichen Wirkungen der eingetretenen Beschränkung wieder aufzuheben. Glücklicher als der Vorschlag Breits ist derjenige Pescatores,[3]) den Konzentrationsgedanken vollkommen fallen zu lassen. De lege lata ist dies allerdings unmöglich, der § 243 Abs. 2 enthält nicht nur eine juristische Konstruktion, sondern einen Gesetzesbefehl.[4]) De lege ferenda ist aber mit Recht die Frage zu erörtern, ob die Konzentration wirklich eine notwendige Begleiterscheinung der Gattungsschuld ist.

Schon bei der 2. Lesung[5]) des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde die Frage aufgeworfen, ob der Gefahrübergang eine Konzentration voraussetzt. Die Gründe der Minderheit stützten sich besonders darauf, daß in den Fällen des Distanzkaufs und des Annahmeverzuges die Gefahr selbständig übergehen müsse. Die Mehrheit lehnte jedoch diesen Gedanken ab; vor allem deshalb, weil begrifflich von einem Übergange der Gefahr erst mit der

---

[1]) RG. im Recht 1906 Nr. 2075.

[2]) Breit a. a. O. S. 113ff.

[3]) Pescatore, Wahlschuldverhältnisse (erschienen in O. Fischers Abhandlungen zu Privatrecht und Zivilprozeß) S. 309ff.

[4]) H. A. Fischer a. a. O. S. 170.

[5]) Prot. zur 2. Lesung S. 286ff.

Umwandlung der Genusobligation in eine Speziesobligation die Rede sein könne.

Diese Verwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld ist aber zu weitgehend. Ein Erfordernis zur Erfüllung der Gattungsschuld ist die Konzentration ohne Zweifel nicht. „Die Erfüllung ist Verwirklichung des Obligationsinhaltes, die Umsetzung des abstrakten Gebotes zu leisten, in konkretes, diesem Gebote entsprechendes Verhalten des Schuldners. Sie kann daher der gebotenen Leistung nur entsprechen wie Konkretes dem Abstrakten, wie die Tat der Idee.“ [1])

Auch für den Gefahrübergang ist aber die Konzentration nicht erforderlich. Wenn der Schuldner die Ware an den Bestimmungsort absendet oder sie in richtiger Weise (§ 300 Abs. 2) anbietet, so sind die Voraussetzungen des Gefahrüberganges genügend berücksichtigt, wenn der Gegenstand der Gefahrtragung konkret vorhanden und nicht mehr abstrakt bezeichnet ist. Ein weiteres als eine konkrete Sache ist für die Gefahrtragung nicht erforderlich. Die Annahme, daß sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandele, schießt bei weitem über das Ziel hinaus. Im römischen Rechte folgte der Gefahrübergang aus der emtio perfecta, diese setzte aber eine Spezialisierung voraus. Im geltenden Rechte aber tritt der Gefahrübergang selbständig ein, er ergibt sich aus der Begrenzung, welche der Haftung des Schuldners durch den Inhalt der Obligation gegeben ist.[2]) Die Gefahr geht beim Gattungskauf wie beim Spezieskauf dann über, wenn der Schuldner das nach dem Inhalte seiner Verpflichtung ihm Obliegende getan hat. Beim Distanzkauf also deshalb, weil der Schuldner nur zum Übersenden, nicht aber zum Leisten an dem Bestimmungsorte verpflichtet war; beim Annahmeverzuge deshalb, weil der Schuldner mit dem Angebot das seinerseits Erforderliche zur Leistungsbewirkung getan hat, Erfüllung und Befreiung nur durch den Verzug des Gläubigers gehindert worden sind.

Geht nun nach dem Gefahrübergange die abgesandte oder angebotene Sache durch Zufall unter, so kommt auch ohne die

[1]) Kretschmar, Die Erfüllung S. 133.

[2]) Prot. zur 2. Lesung S. 288; ebenso Pescatore a. a. O. S. 309.

Konzentrationstheorie eine weitere Leistungspflicht des Schuldners aus der Gattung nicht mehr in Frage. § 243 Abs. 2 hat hier lediglich deklarative Bedeutung. Die Befreiung des Schuldners nach dem Gefahrübergange tritt im Grunde genommen nicht deshalb ein, weil nach vorangegangener Konzentration § 275 Anwendung finden kann, sondern schon deshalb, weil auch bei der Gattungsschuld nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses von dem Schuldner nicht mehr verlangt werden kann, als daß er alles zur Erfüllung seinerseits Erforderliche tut. Das Maß der Leistungstätigkeit, das den Gefahrübergang herbeiführt, befreit ihn auch von einer weiteren Leistungspflicht aus der Gattung. Eine weitere Haftung des Schuldners, der alles zur Erfüllung seinerseits Erforderliche getan hat, würde dem Wesen der Obligation, ihrer ethischen Natur widersprechen. Auch bei der Speziesschuld, z. B. beim Werkvertrage, wird der Schuldner aus diesem Grunde bei zufälligem Untergange nach dem Gefahrübergange trotz nicht gelungener Erfüllung befreit, obwohl hier an sich eine Neulieferung des Schuldners ohne Zweifel möglich wäre. Besonders aber praktisch würde man bei Annahme einer weiteren Leistungspflicht aus der Gattung zu ganz unhaltbaren Resultaten kommen. Der Schuldner müßte abermals leisten, der Gläubiger aber würde, da er die Gefahr des zufälligen Unterganges getragen, auch zum zweiten Male bezahlen müssen.

Die Gattungsschuld braucht sich hiernach niemals in eine Speziesschuld zu verwandeln, wenn sie auch für das Auge dieselbe Form anzunehmen scheint. Ist der Konzentrationsgedanke also überflüssig, so hat man doch mit demselben das Richtige gewollt, auch nach seinem Wegfall kommt man zu ähnlichen Resultaten, wie sie bei § 243 Abs. 2 unter Zuhilfenahme der §§ 157, 226, 242 und der übrigen Fiktionen erreicht wurden. Entscheidend ist aber allein der für die Gattungschuld besonders zu normierende Gefahrübergang.[1]) Mit dem Gefahrübergange erhält der Gläubiger auch ein Recht, über die Sache zu verfügen: cuius periculum eius et commodum esse debet.

---

[1]) H. A. Fischer a. a. O. S. 203 verwirft gerade den Gefahrbegriff und betont den Konzentrationsgedanken.

Man wird daher dem Verkäufer im Falle des § 447 ein ius variandi nur dann geben können, wenn der Käufer kein Interesse daran hat, gerade diese Ware zu erhalten. Das Verfügungsrecht des Käufers wird auch dem Handelsgebrauch am meisten entsprechen, da der Käufer oft schon unterwegs über die Ware bestimmen wird. Auch soll einem Spekulieren des Verkäufers auf die Gefahr des Käufers vorgebeugt werden. Sonst könnte z. B. der Schuldner die Ware, die er von Breslau nach Stettin per Schiff abgesandt und die den ganzen Weg auf die Gefahr des A gemacht hat, kurz vor Stettin an den B dirigieren. Derselbe würde auf diese Weise eine Ware erhalten, deren Gefahr auf dem ganzen Wege der A getragen hat. In der Praxis wird dies allerdings nur selten vorkommen, da der Verkäufer gegenüber dem A immerhin an rechtzeitige Erfüllung gebunden ist.

Beim Annahmeverzuge wird man nach dem Wegfall der Konzentration dem Verkäufer ungezwungen ein Verfügungsrecht über die zurückgewiesene Ware gewähren können. Mit der Verfügung über die nicht angenommene Ware verzichtet natürlich der Schuldner auf den zu seinen Gunsten eingetretenen Gefahrübergang. Er kann sich andererseits auch auf den einmal eingetretenen Gefahrübergang berufen, indem er sich jeder Verfügung über die Ware enthält.

IV. Die Mangelhaftigkeit der Leistung.

I. Mängel der Sache.

§ 10.

Geschichtliche Entwicklung der Mängelhaftung.

Im römischen Rechte haftete der Verkäufer einer mangelhaften Spezies nach Zivilrecht mit der actio emti wegen Mängeln auf das Interesse des Käufers, und zwar erstens, wenn er ihre Abwesenheit versprochen hatte,[1]) zweitens, wenn er sie gekannt

[1]) l. 6 § 4; l. 13 § 3 D. 19, 1; nach dem Edikt l. 1 § 1; l. 17 § 20 D. 21, 1.

und dolos verschwiegen hatte.[1]) Durch die Ädilen wurde der Schutz des Käufers insofern verstärkt, als der Verkäufer nunmehr auch für Mängel haftete, selbst wenn sie ihm unbekannt waren, sofern sie den Gebrauch der Sache beeinträchtigten und auch nicht so offenkundig waren, daß sie der Käufer hätte erkennen müssen. Zur Geltendmachung dieser Mängel dienten die sogen. ädilizischen Rechtsmittel, die actio redhibitoria, die auf Rückgängigmachung des Kaufes ging, und die actio quanti minoris auf Preisminderung.

In den Quellen wird die Anwendung der ädilizischen Rechtsmittel naturgemäß nur in Berührung mit dem Spezieskauf erwähnt. Die Frage ihrer Anwendung auf den Gattungskauf wurde zuerst von Thöl erörtert. Bei einem Gattungskauf, so führte er aus,[2]) ist die mangelhafte Ware ein anderes Objekt als die gekaufte, es ist noch nicht erfüllt. Da die Anwendung des ädilizischen Ediktes die Erfüllung voraussetzt, so kann der Käufer nur mit der actio emti eine mangelfreie Ware verlangen, daneben natürlich sein Interesse. Dies war, wie Dernburg[3]) sagt, das Signal zu einer großen Streitfrage, zu der Frage: Finden die ädilizischen Rechtsmittel auch auf den Gattungskauf Anwendung?

Der bedeutendste Vertreter der Theorie Thöls war zweifellos Windscheid.[4]) Er versuchte aus den Quellen nachzuweisen, daß das corpus iuris einerseits von einer Ausdehnung des ädilizischen Ediktes nicht spreche, daß es aber andererseits der Theorie, daß fehlerlose Ware allein als Erfüllung anzusehen sei, nicht entgegenstünde. Wissenschaft und Praxis haben sich jedoch nach längerem Schwanken für die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel auf den Gattungskauf entschieden. Eine mangelhafte Sache ist noch kein aliud. Gerade aus den Quellen[5]) ist zu entnehmen, daß auch mit fehlerhafter Leistung der Ver-

---

[1]) l. 11 § 5, l. 13 pr., § 1 D. 19, 1; nach dem Edikt l. 1 § 1 i. f. D. 21, 1.
[2]) Thöl, HR. § 83 S. 491.
[3]) Dernburg, B. R. Bd. 2, 2 S. 67.
[4]) Windscheid, Pand. § 394 Nr. 5.
[5]) vgl. bes. l. 45 § 1 D. le leg. II, 30; l. 72, 5 D. 46, 3.

trag erfüllt werden kann. Das ehemalige Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht haben mit Recht die Zulässigkeit der ädilizischen Rechtsmittel für den Gattungskauf bejaht.[1]) Zweifelhaft blieb aber im gemeinen Rechte stets die Art der Anwendung derselben. Man schwankte, ob bei mangelhafter Lieferung die ädilizischen Rechtsmittel allein, oder ob neben ihnen die Vertragsklage auf Neulieferung gegeben sei. Meist unterschied man zwischen Mangelhaftigkeit und Vertragswidrigkeit; man gab bei Mangelhaftigkeit meist nur die ädilizischen Rechtsmittel, bei Vertragswidrigkeit aber nur die Erfüllungsklage.[2])

Das allgem. Landrecht erörtert die Frage der Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskauf nicht. Es trifft im Teil 1, 11 § 198 in Verb. mit Tit. 5 §§ 325 bis 332 eine allgemeine Regelung über die Gewährleistung beim Kaufe, ohne sich auch auf den Gattungskauf zu beziehen. Die Anwendung der sogen. Gewährschaftsklagen war daher nicht minder streitig wie im gemeinen Rechte. Auch in anderen neueren Kodifikationen, dem sächsischen, ebenso dem österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch und in dem code civil ist die Anwendung der ädilizischen Rechtsmittel zwar nicht erwähnt, jedoch sollte damit keineswegs die Nichtanwendbarkeit derselben beim Gattungskaufe ausgesprochen werden, wie denn auch in der Praxis der Gerichte ihre Zulässigkeit meistens anerkannt ist.

§ 11.

b) Die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich in § 480 einmal für die Zulässigkeit der ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskaufe entschieden. Zweitens aber gewährt er dieselben nicht nur anstatt des Nachlieferungsanspruches, wie das gemeine Recht, sondern der Käufer hat wahlweise neben denselben auch den Nachlieferungsanspruch. Der Käufer kann sich also im Falle mangelhafter Lieferung einmal auf den Standpunkt

[1]) ROHG. Bd. 5 S. 399; RG. Bd. 4 S. 184, Bd. 12 S. 84.
[2]) vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 19 S. 113ff.

stellen, als liege ein mangelhaft erfüllter Spezieskauf vor, dann wählt er die ädilizischen Rechtsmittel; er kann aber auch die mangelhafte Lieferung als Nichterfüllung ansehen, dann wählt er den Neulieferungsanspruch.

Indem das Bürgerliche Gesetzbuch ferner diese Rechte bei Mangelhaftigkeit schlechthin gewährt, ist auch das Verhältnis von Mangelhaftigkeit und Vertragswidrigkeit zueinander geklärt. Bietet der Verkäufer ein aliud im Sinne der früheren Vertragswidrigkeit an, so kommen die Grundsätze über die Haftung des Gattungsverkäufers überhaupt nicht zur Anwendung.[1]) Vielmehr ist dies ebenso zu beurteilen, wie wenn der Verkäufer einer Spezies nicht den verkauften, sondern einen anderen Gegenstand anbietet. Der Käufer kann daher die Annahme schlechthin ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 326).

Wann die Sache nur mangelhaft ist, und wann ein aliud vorliegt, kann nur auf Grund des einzelnen Kaufgeschäfts unter Beobachtung der Verkehrsanschauungen entschieden werden. Wann aber eine Sache dagegen innerhalb der Gattung als mangelhaft zu bezeichnen ist, richtet sich nach § 459. Die Sache darf nicht mit Fehlern behaftet sein, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Auch haftet der Verkäufer dafür, daß die Sache zur Zeit des Gefahrüberganges die zugesicherten Eigenschaften hat (§ 459 Abs. 2). Im Zweifel ist für Gattungssachen die Vorschrift des § 243 Abs. 1 maßgebend, wonach der Verkäufer Sachen mittlerer Art und Güte zu leisten hat. Hiermit ist jedoch nur das Mindestmaß der Güte der zu liefernden Sache bestimmt. Der Verkäufer kann auch bessere Qualität als mittlere Art und Güte liefern.

§ 12.

c) Die Rechte des Käufers nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

I. Leistet der Verkäufer eine mangelhafte Sache, so hat der Käufer das Recht, dieselbe von vornherein zurückzuweisen.

[1]) Kipp-Windscheid 8. Aufl. S. 663.

Dies ist neuerdings von Schollmeyer[1]) bestritten worden. Der Verkäufer habe nur eine Gewährleistungspflicht, aber keine Pflicht zu mangelfreier Lieferung. Auch mit mangelhafter Ware könne er den Vertrag erfüllen. Der Käufer komme in Annahmeverzug, wenn er die Leistung nicht annimmt.

Zuzustimmen ist diesen Ausführungen darin, daß die mangelhafte Leistung Erfüllungswirkung haben kann, dann nämlich, wenn sie vom Käufer angenommen wird. Aus diesem Grunde sind auch im gemeinen Rechte die ädilizischen Rechtsmittel beim Gattungskaufe für zulässig erklärt worden. Unrichtig ist aber die Behauptung Schollmeyers, daß der mangelhaften Leistung Erfüllungswirkung zugesprochen werden muß. Mangelhaftes Angebot ist grundsätzlich als Nichterfüllung anzusehen. Weist der Käufer die mangelhafte Ware zurück, so kommt der Verkäufer in Verzug, vorausgesetzt, daß auch die anderen Bedingungen des Verzuges, Mahnung, Fälligkeit usw., gegeben sind. Dies gilt in gleicher Weise für den Gattungs- wie für den Spezieskauf.[2]) Mit der Zurückweisung liegt die Sache genau so, wie wenn überhaupt nicht erfüllt worden wäre. Das Angebot mangelhafter Ware ist als ein erfolgloser Erfüllungsversuch anzusehen.[3]) Liefert beim Gattungskauf der Verkäufer nicht noch rechtzeitig mangelfreie Ware, so wird er schadensersatzpflichtig für die verspätete Lieferung. Läßt er eine ihm vom Käufer gestellte Frist zu mangelfreier Erfüllung ungenutzt verstreichen, so kann dieser von den Rechten des § 326 Gebrauch machen, vom Vertrage zurücktreten bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

II. Nach dem Gefahrübergange[4]) — also nach der Annahme bezw. der Absendung der mangelhaften Ware — kann der Käufer seine Rechte aus § 480 BGB. geltend machen.

1. Er hat zunächst einmal die Rechte auf Wandelung und

---

[1]) Schollmeyer, Erfüllungspflicht, in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 93 ff.

[2]) Beim Spezieskauf wird man aber einen Verzug nur dann annehmen können, wenn ein behebbarer Mangel vorliegt, im übrigen ist der Käufer auf seine Rechte aus § 463 beschränkt.

[3]) RG. in JurW. 1905 S. 17[10], 1904 S. 198[7].

[4]) RG. Bd. 53 S. 73; Dernburg, B. R. § 185 1.

Minderung. Ihre Anwendung erfolgt in derselben Weise wie beim Spezieskaufe, es erübrigt sich also, hier darauf einzugehen. Ausgeschlossen sind sie dann, wenn die auf Nachlieferung gerichtete Wahl des Käufers dadurch vollzogen ist, daß der Verkäufer sich mit ihr einverstanden erklärt hat.

2. Neben den ädilizischen Rechtsmitteln hat der Käufer, wie erwähnt, wahlweise den Nachlieferungsanspruch.

Seine Konstruktion ist nach den für die Wandelung geltenden Vorschriften erfolgt. Die §§ 464—466, 467 Satz 1, 469, 470, 474—479 finden entsprechende Anwendung. Die Gleichstellung rechtfertigt sich aus einer gewissen Ähnlichkeit beider Ansprüche. Bei der Wandelung findet ein Umtausch der Ware gegen Geld, hier ein Umtausch gegen eine mangelfreie Ware statt. Der Gebrauch der Vorschriften über die Wandelung kann naturgemäß nur ein entsprechender sein. § 465 ist nicht derart anzuwenden, daß der Käufer event. erst auf Einwilligung des Verkäufers in die Nachlieferung klagen müßte, vielmehr hat er einen direkten Anspruch; das folgt aus § 480. § 465 besagt lediglich, daß der Käufer, nachdem der Verkäufer sich mit der Nachlieferung einverstanden erklärt hat, nicht mehr wandeln oder mindern könne. Hervorzuheben ist noch, daß der Nachlieferungsanspruch ebenso wie die ädilizischen Rechtsmittel in sechs Monaten verjährt. § 479 ist auf den Nachlieferungsanspruch nicht anwendbar.[1])

Im übrigen finden auf den Nachlieferungsanspruch die allgemeinen Regeln des Schuldrechts Anwendung. Neben der Nachlieferung kann der Käufer daher Schadensersatz wegen Verzuges verlangen, wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig mangelfreie Ware liefert und ihn ein Verschulden an der verspäteten Lieferung trifft (§ 276). Ist der Verkäufer mit der Nachlieferung im Verzuge, so kann der Käufer aber auch jetzt noch von den Rechten des § 326 Gebrauch machen. Er kann Frist setzen und nach erfolglosem Ablauf derselben vom Vertrage zurücktreten bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

---

[1]) Über einen Erklärungsversuch vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 S. 664.

Schon das Verlangen einer mangelfreien Sache bis zu einem bestimmten Termine enthält nach der Ansicht des Reichsgerichts eine Fristsetzung.[1])

3. Außer den Rechten der Wandelung, Minderung und Nachlieferung ist dem Käufer nach § 480 Abs. 2 noch ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben. Dasselbe greift Platz, wenn der gelieferten Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Beim Gattungskauf kann jedoch für die Zeit des Vorhandenseins des Mangels nicht wie beim Spezieskaufe die Zeit des Vertragsschlusses in Betracht kommen, denn in diesem Augenblick kennt der Verkäufer das Erfüllungsobjekt überhaupt noch nicht. Er kann erst in dem Zeitpunkte die Haftung übernehmen, wo die Spezies aus dem Rahmen des Genus heraustritt, d. h. zur Zeit des Gefahrüberganges.

Der Inhalt des Schadensersatzanspruches geht nach dem Wortlaute des § 480 Abs. 2 dahin, daß der Käufer den Schaden wegen gänzlicher Nichterfüllung in Ansatz bringen kann, d. h. sein volles Erfüllungsinteresse. Dieser Anspruch ist nicht davon abhängig, daß die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hat. Der Käufer kann natürlich auch die mangelhafte Sache behalten und nur Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung verlangen.[2])

4. Die Wahl zwischen den Ansprüchen der Wandelung, Minderung, Nachlieferung und des Schadensersatzes steht in jedem Falle dem Käufer zu. Der Verkäufer kann also etwa nicht die Wandelung oder Minderung dadurch zurückschlagen, daß er sich zur Nachlieferung einer mangelfreien Sache anbietet. Er hat nur eine Pflicht zur Nachlieferung, nicht aber ein Recht darauf. Unter Umständen wird man aber auch dem Verkäufer ein Recht auf Nachlieferung geben müssen. Hat der Käufer kein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung seiner Rechte,

---

[1]) RG. in Seufferts Arch. Bd. 60 Nr. 185; vgl. auch Staub, Komm. § 371 Anm. 42.

[2]) Ebenso Entsch. d. RG. Bd. 52 S. 355; Seufferts Arch. 1904 Nr. 118; JurW. 1902 Beil. S. 235; a. M. Planck § 463 Anm. 3; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 654.

so würde sich die Zurückweisung mangelfreien Angebots als eine Schikane des Verkäufers darstellen.[1])

Ebenso verhält es sich auch mit dem Rechte des Käufers, die Gewährleistungsansprüche und den Nachlieferungsanspruch durch Beseitigung des Mangels auszuschließen. Ein solches Recht ist in der Regel zu verneinen. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr aber wird der Käufer eine Nachbesserung, welche seinen Interessen vollständig genügt, nicht ablehnen dürfen. Verlangt der Käufer also Lieferung einer mangelfreien Sache, dann dürfte die Nachbesserung insoweit zulässig sein, als sie rechtzeitig genug erfolgt und die mangelhafte Ware wirklich zur vertragsmäßigen macht.[2])

III. Neben den Ansprüchen der Wandelung, Minderung und Neulieferung, die sich auf die objektiv mangelhafte Erfüllung gründen, können dem Käufer noch weitere Rechte aus schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten auf Grund der allgemeinen Vorschriften erwachsen, Ansprüche aus sogen. positiven Vertragsverletzungen; z. B. es entsteht ein Schaden dadurch, daß der Verkäufer schuldhafterweise wurmstichige Äpfel liefert, durch welche die gesunde Ware des Käufers angesteckt wird.[3])

Auf die Begründung dieses Schadensersatzanspruches kann hier nicht näher eingegangen werden. Es ist für das Bürgerliche Gesetzbuch aus den dem § 276 übergeordneten Einzelbestimmungen (vgl. 447 II, 644 II, 665, 675, 713 usw.) der Rechtsgrundsatz zu entnehmen, daß die schuldhafte Verletzung einer Vertragspflicht zum Schadensersatze verpflichtet, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Spezieskauf wie auf den Gattungskauf wird durch die Sonderregelung der Gewährschaftsrechte nicht gehindert. Er ist vielmehr eine notwendige Ergänzung derselben.

Recht ungeklärt ist aber noch die Frage, worin bei mangelhafter Lieferung das Verschulden besteht, insbesondere welches die Vertragspflichten sind, deren Beobachtung vom

---

[1]) Ebenso Oertmann, Komm. § 480 Anm. 2d; Planck, Komm. § 480 Nr. 4.

[2]) vgl. JurW. 1904 S. 199; Entsch. d. OLG. Bd. 9 S. 284.

[3]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen S. 4, 5; RG. Bd. 52 S. 18.

Schuldner gefordert werden kann. Für den Gattungskauf jedenfalls ist aus dem Nachlieferungsanspruch des § 480 Abs. 1 eine Vertragspflicht des Schuldners zu mangelfreier Lieferung zu entnehmen.[1]) Unrichtig ist es daher, wenn Krückmann[2]) das Verschulden bei mangelhafter Lieferung darin sieht, daß der Schuldner es unterlassen, dem Käufer bei der Lieferung den Mangel anzuzeigen. Das Verschulden ist hier nicht erst in der unterlassenen Anzeige, sondern bereits in der Aussonderung einer mangelhaften Ware aus der Gattung zu erblicken. Erst wenn eine mangelfreie Lieferung aus der Gattung unmöglich ist, wird man es bei einer Anzeigepflicht des Schuldners bewenden lassen können.

Zu erwähnen ist schließlich noch, daß das Reichsgericht[3]) den Schadensanspruch aus schuldhafter Vertragsverletzung der sechsmonatigen Verjährungsfrist der Gewährschaftsrechte unterwirft. Andere[4]) wieder wollen die dreißigjährige Frist der allgemeinen Vorschriften angewendet sehen. Letzteres dürfte das Richtigere sein. Vermöge seiner besonderen Natur als Verschuldensanspruch ist er ebenso wie der Schadensanspruch aus arglistigem Verschweigen eines Mangels (§ 463) der langen Verjährung des § 195 zu unterstellen.

§ 13.

2. Mängel im Recht.

Wie der geleistete Gegenstand in physischer Hinsicht, so kann er auch in rechtlicher Beziehung mangelhaft sein.

Nach römischem Rechte brauchte der Verkäufer dem Käufer nicht das Eigentum an der Sache zu verschaffen, er war lediglich verpflichtet, ihm das rem habere licere zu prästieren.[5])

---

[1]) Eine Vertragspflicht zu mangelfreier Lieferung nehmen an: Dernburg, B. R. Bd. 2 § 185 Abs. 1 und in der DJZ. 1903 S. 4; Endemann, B. R. Bd. 1 § 161 N. 31; Titze, Unmöglichkeit S. 274 und andere; dagegen bes. Schollmeyer a. a. O.

[2]) Krückmann a. a. O. S. 205.

[3]) RG. in JurW. 1903 Beil. 4 S. 34 und 1904 S. 60; RG. Bd. 53 S. 203.

[4]) Staub in DJZ. 1903 S. 389; Müller in DJZ. 1906 S. 703; jetzt auch Krückmann a. a. O. S. 237.

[5]) l. 30 § 1 D. 19, 1; l. 8 D. 21, 2.

Wurde dem Käufer die Sache evinziert, so hatte der Verkäufer nicht erfüllt, und es war gegen ihn der Entwehrungsanspruch[1]) gegeben, welcher das gesamte Interesse umfaßte, welches der Käufer daran hatte, daß die Entwehrung nicht geschehen sei. Dieses Recht steht naturgemäß auch dem Gattungskäufer zu. Selbst Windscheid, der trotz seiner Theorie, daß etwas Mangelhaftes stets ein aliud sei, hier zunächst nicht an das Recht der Nachlieferung denkt, will ihm den Eviktionsanspruch ohne weiteres geben.[2])

Recht zweifelhaft war dagegen im römischen Recht die Frage, ob der Käufer auch den Nachlieferungsanspruch habe. Mit direkten Quellenstellen läßt sich derselbe nicht belegen. Die von den meisten angezogenen l. 58 D. de evict. 21, 2 und l. 29 § 3 D. de leg. III (32) besagen nur, daß der Schuldner im Falle der Eviktion nicht befreit wird; dies kann sich lediglich auf die Haftung auf das Erfüllungsinteresse beziehen. Der Nachlieferungsanspruch ist aber folgenden Erwägungen zu entnehmen: Wird dem Käufer das Haben der Sache entzogen, so hat der Verkäufer nicht erfüllt. Er hat nicht alles getan, was gesetzlicherweise von ihm verlangt werden kann. Solange dies aber nicht geschehen ist, hat sich die Gattungsschuld noch nicht zur Speziesschuld konkretisiert, der Schuldner haftet noch nach wie vor aus der Gattung. Mit der Forderung, eine andere Sache zu leisten, begehrt der Käufer nichts anderes als die Erfüllung des Vertrages. — Die herrschende Ansicht hat den Nachlieferungsanspruch nach dem Beispiel von Vermächtnis und Stipulation[3]) denn auch beim Kaufe gebilligt. Im gemeinen Rechte war derselbe allgemein anerkannt.[4])

Bei der Erörterung der Haftung der Verkäufer nach geltendem Recht ist zunächst zu bemerken, daß diese Frage nicht entfernt die Bedeutung haben kann wie im römischen Rechte.

---

[1]) l. 23, 25, 29 Cod. de evict. 8, 45.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 394 Anm. 37a; a. M. Bechmann, Kauf nach gemeinem Recht S. 332.

[3]) l. 58 D. 21, 2; l. 29 De de leg. 32; l. 72 § 5 D. 46, 3.

[4]) vgl. Römer in der Zeitschr. f. HR. Bd. 23 S. 11; Bechmann a. a. O. S. 332.

Das Bürgerliche Gesetzbuch schützt in § 932 den gutgläubigen Erwerber. Mit der Tradition hat derselbe auch das Eigentum der Sache vom Nichteigentümer erworben und der Verkäufer wird nicht zu haften haben. Kennt andererseits der Käufer den Rechtsmangel beim Erwerbe, so ist überhaupt wie auch schon nach gemeinem Rechte eine Haftung des Verkäufers ausgeschlossen. Jedoch lassen sich Fälle der Haftung trotz § 932 denken. Z. B. der Käufer ist zwar nicht bösgläubig, aber die tradierte Sache ist eine gestohlene oder verlorene (§ 935), oder der Käufer ist grobfahrlässig und steht daher dem bösgläubigen Käufer gleich (§ 932) — dies befreit ja den Verkäufer nicht, denn hier steht das Kennenmüssen dem Kennen nicht gleich (§ 439) —, oder der Verkäufer ist beim Kaufabschluß gutgläubig gewesen, nicht aber bei der Tradition (§§ 439, 932). Für diese Fälle verlangt unsere Frage nach wie vor eine Entscheidung.

Das ALR. I, 11 § 1 und das BGB. § 433, Abs. 1 verpflichten den Verkäufer nicht bloß dazu, daß er das habere licere prästiert, sondern er hat dem Käufer das Eigentum der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer haftet also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch schon dann, wenn der Dritte sein Eigentum nicht geltend macht, denn er hat ja kein Eigentum übertragen.

Erfüllt der Verkäufer die ihm obliegende Pflicht zur Eigentumsverschaffung nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den §§ 320—327; der Käufer kann also in solchem Falle entweder die Gegenleistung verweigern, die Erfüllung fordern, Schadensersatz verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (§ 326).[1] Der Käufer wird also den Verkäufer zunächst anhalten können, dem berechtigten Dritten die Sache abzukaufen. In betreff des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist zu beachten, daß es dem Käufer einer beweglichen Sache — und hierum wird es sich meistens beim Gattungskauf handeln — nur dann zusteht, wenn er dieselbe dem Verkäufer zurückgewährt, oder wenn sie untergegangen, oder wenn er sie dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat

[1] Fischer-Henle, Komm. § 440 Anm. 1.

(§ 440). Denn sonst würde der Käufer ja einmal im Besitze der Sache sein und gleichzeitig eine Entschädigung für den Rechtsmangel erhalten. Diese Rechte des Spezieskäufers stehen ohne Zweifel auch dem Gattungskäufer zu.

Außerdem wird man aber nach geltendem Recht dem Gattungskäufer den Nachlieferungsanspruch geben müssen. Kipp[1]) glaubt diesen Anspruch aber nur in folgender Weise rechtfertigen zu können: Der Käufer könne sich auf den Standpunkt stellen, daß der Verkäufer verpflichtet sei, ihm eine Sache der fraglichen Art zu Eigentum zu verschaffen (§ 433). Er könne also das Angebot einer Sache, an welcher ihm der Verkäufer nicht sofort freies Eigentum verschaffen könne, als einen unzulänglichen Erfüllungsversuch ablehnen. Habe er sie aber angenommen, so habe er kein selbständiges Recht auf Lieferung einer mangelfreien Sache, sondern die Lieferung einer anderen Sache sei nur gemäß § 249 eine mögliche und die nächstliegende Art des Schadensersatzes, welcher unter den Voraussetzungen des § 440 gefordert werden könne. — Kipp will also dem Käufer das Neulieferungsrecht nach der Annahme — daß er es vor der Annahme hat, bedarf keiner besonderen Ausführung — nur auf dem Wege über den Schadensersatzanspruch gewähren.

Der Nachlieferungsanspruch ist aber wie im gemeinen Recht selbständig aus der Natur des Gattungskaufs abzuleiten. Wie Kipp einleitend ausführt, ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen (§ 433 Abs. 1). Tut er dies nicht, so hat er den Vertrag noch nicht erfüllt. Der Käufer hat deshalb nach wie vor den Erfüllungsanspruch. Fordert er also mangelfreie Nachlieferung, so verlangt er nichts anderes als die Erfüllung des Vertrages. Diesen Nachlieferungsanspruch kann der Käufer so lange geltend machen, als die Leistung aus der Gattung nicht objektiv unmöglich geworden ist (§ 279). Mit der Forderung einer mangelfreien Sache kann der Käufer gemäß § 326 eine Fristsetzung verbinden, nach deren

---

[1]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 391.

erfolglosem Ablaufe er entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten kann.[1])

Man wird daher den Nachlieferungsanspruch als ein selbständiges Recht des Käufers aufzufassen haben. Daß es das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt, wie dies bei Sachmängeln in § 480 Abs. 1 geschehen, ist leicht erklärlich. Bei Sachmängeln war im gemeinen Recht, wie oben ausgeführt, sehr zweifelhaft, ob in der mangelhaften Lieferung eine Erfüllung zu erblicken sei oder nicht. Deshalb bedurfte hier der Nachlieferungsanspruch einer besonderen Erwähnung in § 480. Bei rechtlichen Mängeln dagegen ist allgemein anerkannt, daß der Verkäufer gemäß § 433 Abs. 1 nicht erfüllt hat. Der Nachlieferungsanspruch ist hier etwas Selbstverständliches.

V. Besondere Arten des Gattungskaufs.

§ 14.

Der Spezifikationskauf.

Eine besondere Form des Gattungskaufs ist der in der Holz- und Eisenbranche vielfach vorkommende Spezifikationskauf. Es wird bei diesem zunächst nur ein Grundpreis für den gekauften Rohstoff festgesetzt, während der sogen. Überpreis sich nach der vom Käufer später vorzunehmenden Spezifikation der Leistung richtet.

Dieses Bestimmungsrecht des Käufers ist aber nicht als ein Wahlrecht zu bezeichnen, wie ein solches beim Alternativkaufe besteht. Vielmehr bleibt hier die nichtindividualisierende Bestimmungsweise des Gattungskaufs erhalten. Der Käufer sucht hier nicht die Individuen aus, sondern er holt nur die nähere Bestimmung des Leistungsinhalts nach, welche aus bestimmten Gründen beim Kaufabschlusse unterblieben ist. Mit der Spezifizierung ist jedenfalls der Spezifikationskauf in die einfache Form des Gattungskaufes übergeleitet.[2])

Streitig war im Rechte des Spezifikationskaufes die Frage,

---

[1]) vgl. Berndorff a. a. O. S. 98.

[2]) Oertmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 216.

ob der Verkäufer beim Verzuge des Käufers mit der Spezifizierung diese selber vornehmen dürfe. Im allgemeinen wurde diese Frage vom Reichsgerichte und vom Reichsoberhandelsgerichte verneint.[1]) Jedoch ist auch die gegenteilige Ansicht vom Reichsgericht[2]) vertreten worden. Im neuen Handelsgesetzbuch ist diese Frage in § 375 entschieden worden. Danach hat der Verkäufer in solchem Falle ein doppeltes Recht:

a) Er kann erstens die Spezifikation an Stelle des Käufers selber vornehmen. Er muß sie jedoch dann dem Käufer mitteilen und ihm gleichzeitig eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung setzen. Der Käufer kann also immer noch eine Änderung derselben treffen. Nimmt er jedoch eine solche nicht vor, so bleibt die vom Verkäufer getroffene Spezifikation maßgebend.

b) Zweitens kann er dem Käufer eine angemessene Frist zur Nachholung der Spezifikation setzen mit der Erklärung, daß er nach erfolglosem Ablauf derselben die Spezifikation ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist kann er entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Hat die Nachholung der Spezifikation für den Verkäufer kein Interesse mehr, so kann er diese Rechte auch ohne zuvorige Fristsetzung geltend machen (§ 375 HGB.; § 326 BGB.).

§ 15.

Das Sukzessivlieferungsgeschäft.

In das Gebiet des Gattungskaufes fallen auch die sogen. Sukzessivlieferungsverträge. Es sind dies Verträge über meist vertretbare Sachen, bei denen aber der Schuldner nicht wie beim Kaufgeschäft die Leistung auf einmal zu bewirken hat, sondern zu verschiedenen Zeiten und in Raten. Es handelt sich aber hierbei nicht um so viel Einzelverträge, als Teilleistungen erfolgen sollen, sondern das Geschäft ist ein einheitliches Ganzes, nur

---

[1]) ROHG. Bd. 15 S. 147; RG. Bd. 30 S. 97.

[2]) RG. Bd. 29 S. 17.

sind die einzelnen Leistungen befristet. Von Interesse ist nun an diesen Verträgen das Bestreben, dem Gläubiger bei Lieferung mangelhafter Ware nicht nur bezüglich dieser mangelhaften Rate Rechte zu gewähren, sondern denselben vom ganzen Vertrage zu befreien, wenn es ungewiß ist, ob der Schuldner in Zukunft mangelfrei leisten wird.

Zu diesem Zwecke werden von einigen [1]) die Verzugsnormen herangezogen. Liefert der Schuldner mangelhafte Ware, so hat der Käufer das Recht, dieselbe zurückzuweisen. Mit der Zurückweisung kommt der Schuldner in Verzug, vorausgesetzt, daß auch die übrigen Voraussetzungen des Verzuges gegeben sind. Der Käufer kann nunmehr, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig mangelfreie Ware liefert, von den Rechten des § 326 Gebrauch machen und vom Vertrage zurücktreten; und zwar bei der einheitlichen Natur des Sukzessivlieferungsvertrages nicht nur hinsichtlich der einen Rate, sondern vom ganzen Vertrage.

Die Anwendung der Verzugsnormen muß aber, um von den sonstigen Bedenken abzusehen, zum mindesten in den Fällen versagen, wo die fehlerhafte Ware genehmigt worden ist (vgl. § 377 HGB.) oder wo der Käufer bereits über die Ware verfügt oder sie verbraucht hat. Das Reichsgericht hat deshalb nach dem Vorgange Staubs [2]) bei Sukzessivlieferungen dem Gläubiger nach Analogie des § 326 ein Rücktrittsrecht aus dem Grunde positiver Vertragsverletzung gewährt.[3]) Es erblickt in § 326 den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Nicht nur durch das Unterlassen rechtzeitiger Erfüllung (Verzug) kann bei einem gegenseitigen Vertrage der Vertragszweck derartig gefährdet werden, daß der Gläubiger das Recht hat, vom Vertrage zurückzutreten bezw. Schadensersatz zu verlangen, sondern diese Rechte stehen dem Gläubiger auch dann zu, wenn der Schuldner durch schuldhafte positive Rechtsakte den Vertragszweck

---

[1]) Dernburg, DJZ. 1903 S. 1 ff.; Kipp in DJZ. 1905 S. 253 ff.; vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 58 S. 419; RG. im Recht 1905 S. 15; dagegen besonders Hachenburg, Der Verzug bei Sukzessivlieferungen, in Leipziger Zeitschr. S. 1 ff.

[2]) Staub a. a. O. S. 18 ff.

[3]) RG. Bd. 54 S. 98.

gefährdet. Jede schuldhafte Pflichtverletzung also gibt, sofern sie den Vertragszweck gefährdet, dem Gläubiger die Rechte aus § 326. Leistet daher bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte der Verkäufer schuldhafterweise andauernd mangelhafte Ware, so kann der Käufer vom Vertrage zurücktreten.

Das Reichsgericht konstruiert dieses Rücktrittsrecht jedoch nicht als ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage, sondern vielmehr als ein teilweises Rücktrittsrecht bezüglich der noch ausstehenden Lieferungen; es handelt sich also nur um ein Kündigungsrecht. Der Gläubiger soll nicht bezüglich der bereits erhaltenen Lieferungen geschützt werden — denn hierzu reichen die bestehenden Rechtsnormen (§§ 459 ff., 323 ff.) vollkommen aus —, er soll lediglich für die noch ausstehenden Lieferungen vom Vertrage befreit werden.

Zur Begründung eines solchen Kündigungsrechtes bedarf es aber der immerhin etwas gewaltsamen Anwendung des § 326 nicht, wenn man, wie dies Müller-Erzbach[1]) tut, das Wesen des Sukzessivlieferungsvertrages berücksichtigt. Derselbe ist ebenso wie der Miet-, Pacht-, Dienst-, Gesellschaftsvertrag usw. der Gruppe von Verträgen zuzurechnen, welche sich nicht in einer einmaligen Leistung erschöpfen, sondern vielmehr ein Vertragsverhältnis von gewisser Dauer nach sich ziehen und den Schuldner zu einer Summe von einzelnen Leistungen verpflichten. Obgleich bei diesen Verträgen das Kündigungsrecht bei der verschiedenen Natur derselben eine im einzelnen abweichende Ausgestaltung erfahren hat,[2]) so ist doch in allen Fällen ein Kündigungsrecht dann eingeräumt, wenn der andere Teil seine Pflichten derart verletzt, daß der Vertragszweck gefährdet ist, mag es sich hierbei um Verletzungen positiver oder negativer Natur, mag es sich um ein Tun oder ein Unterlassen handeln. Eine analoge Anwendung dieses

---

[1]) Müller-Erzbach, Über den Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsverträgen und ähnlichen Geschäften, in DJZ. 1904 S. 1158ff.; ebenso Dernburg, B. R. Bd. 2,2 S. 46, 47; vgl. auch Krückmann a. a. O. S. 249.

[2]) vgl. §§ 542 I, 553, 554, 626, 627, 712 II, 749 II usw.

Kündigungsrechtes wird allein dem Wesen des Sukzessivlieferungsgeschäftes gerecht. Eine Fristsetzung ist zur Ausübung desselben nicht erforderlich. Auch braucht der Gläubiger sich nicht erst eine wiederholte mangelhafte Lieferung gefallen zu lassen. Schon die erste Leistung [1]) kann derartige Mängel aufweisen, daß dem Gläubiger die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist.

---

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 67 S. 7.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Walther Behnisch, evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger, wurde am 12. Februar 1882 als Sohn des Rechnungsrats Gustav Behnisch und seiner Gattin Marie, geborene Schulze, zu Posen geboren. Von Ostern 1891 ab besuchte ich das Kgl. Friedrich Wilhelms-Gymnasium in Posen, das ich Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Darnach studierte ich die Rechte und Staatswissenschaften und besuchte die Universitäten Marburg, München, Berlin, Breslau.

Meine Lehrer waren hier die Professoren und Privatdozenten: v. Amira, v. Bechmann, Beyerle, Bornhak, Brentano, Brie, Brunner, Dahn, Engelmann, Enneccerus, O. Fischer, Gretener, Heilborn, Jörs, Klingmüller, O. Lehmann, R. Leonhard, v. Liszt, Mendel, Schmöle, Sombart, Wagner, Wenkstern, Wolf.

Am 1. Juli 1905 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kgl. Oberlandesgericht Breslau. Am 17. Juli 1905 wurde ich als Referendar in Fraustadt in Posen vereidigt. Zurzeit bin ich am Kgl. Amtsgericht Posen beschäftigt.